

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ**  
**DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**JOÃO GABRIEL CARDOSO DE MELLO**

**EFEITOS DO TEMPO NO DIREITO E A POSSIBILIDADE DE PRESCRIÇÃO DA  
PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO**

**FLORIANÓPOLIS, SC**

**2013**

**JOÃO GABRIEL CARDOSO DE MELLO**

**EFEITOS DO TEMPO NO DIREITO E A POSSIBILIDADE DE PRESCRIÇÃO DA  
PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO**

Monografia submetida ao Curso de Graduação  
em Direito da Universidade Federal de Santa  
Catarina para a obtenção do Título de Bacharel  
em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart  
Cademartori

**FLORIANÓPOLIS, SC**

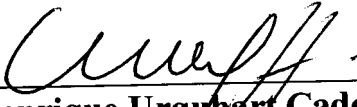
**2013**

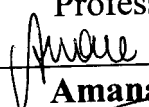
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

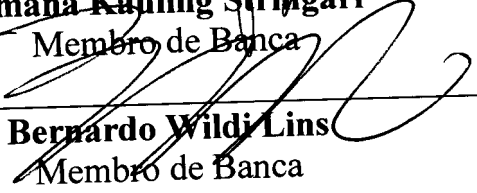
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**Efeito do tempo no direito e a possibilidade de prescrição da pretensão de ressarcimento ao erário**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **João Gabriel Cardoso de Mello**, defendida em **05/12/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9º da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 003/95/CEPE.

Florianópolis, 5 de Dezembro de 2013

  
\_\_\_\_\_  
**Luiz Henrique Urquhart Cademartori**  
Professor(a) Orientador(a)

  
\_\_\_\_\_  
**Amana Kauling Stringari**  
Membro de Banca

  
\_\_\_\_\_  
**Bernardo Wildi Lins**  
Membro de Banca

*Dedico este trabalho à minha noiva, Maria Fernanda Piccoli, para quem dedico, de  
antemão, todas as conquistas da minha vida. Te amo.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao tempo, protagonista desse trabalho, por ter concatenado seus atos de tal forma que tornaram possíveis essas palavras.

Agradeço, com imensa alegria, à minha noiva, Maria Fernanda Piccoli, por todo amor e parceria demonstrados ao longo desses anos. Não existem palavras para descrever o quanto és importante para mim. Sem você, nada disso seria possível. TE AMO. Eternamente, muito obrigado.

Agradeço aos meus pais, Dalgio Cardoso de Mello Junior e Claudia Maria dos Santos Cardoso de Mello, e ao meu irmão, Dalgio Cardoso de Mello Neto, pelo apoio e incentivo em todos os momentos de minha caminhada. Sua dedicação à minha felicidade será sempre lembrada.

Agradeço, também, aos meus sogros, José Luiz Piccoli e Cristiane dos Santos Piccoli, e aos meus cunhados, Eduardo Luiz Piccoli e Ana Luiza Piccoli, por todo o carinho e estímulo a mim ofertados.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori, pelas aulas ministradas e pelas conversas que em muito me instruíram.

Agradeço, outrossim, à equipe do escritório Mosimann, Horn & Advogados associados, por me mostrar como se pratica a advocacia com excelência e ética.

Agradeço aos integrantes da 5ª Vara Cível da Comarca da Capital, em especial à Dr.<sup>a</sup> Maria Paula Kern e ao Dr. Vinícius dos Anjos Borba, amigos que levarei para sempre comigo. Obrigado pelos momentos compartilhados.

Agradeço à Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina, por me revelar um ambiente de dedicação à proteção do interesse público.

Por fim, agradeço aos professores que tive ao longo de minha vida, os quais contribuíram para a minha formação pessoal e profissional.

A todos, meus mais profundos agradecimentos.

## RESUMO

O presente trabalho trata dos efeitos do tempo no Direito e da recepção da prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, em razão do disposto no art. 37, § 5º, da CRFB/1988. Utilizou-se método de abordagem dedutivo, partindo-se da teoria geral da prescrição para se chegar à sua incidência no referido dispositivo constitucional. Quanto ao procedimento, adotou-se a pesquisa monográfica e no tocante à técnica de pesquisa, a documentação indireta. O objetivo geral foi verificar se a CRFB/1988 recepcionou a prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário. No tocante aos objetivos específicos, visa a verificação dos objetos de incidência da prescrição e da decadência, qual deles incide sobre o dispositivo constitucional em análise e o eventual prazo a ser utilizado. Para tanto, analisou-se o princípio da segurança jurídica e os direitos e garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa. Ademais, perquiriu-se sobre os fenômenos da prescrição e da decadência e seus institutos jurídicos afins. Seguindo, interpretou-se literalmente o dispositivo constitucional objeto do trabalho, bem como de forma sistemática, à luz dos princípios, direitos e garantias fundamentais constitucionais. Por fim, foram trazidas duas decisões que sinalizam a possibilidade de mutação constitucional. Concluiu-se que a redação do art. 37, § 5º, da CRFB/1988 não permite a interpretação literal no sentido da imprescritibilidade. Outrossim, verificou-se que a prescrição da pretensão de ressarcimento ao Erário é a única exegese do dispositivo constitucional que está em sintonia com os princípios, direitos e garantias fundamentais constitucionais.

**Palavras-chave:** Prescrição. Pretensão. Decadência. Ressarcimento. Erário.

## **ABSTRACT**

This work deals with the effects of time on Law and the prescription of claim for reimbursement to the public treasury, by the interpretation of art. 37, § 5º, from the CRFB/1988. The method of approach was deductive, starting from the general theory of prescription to reach its effect on the constitutional device. As for the procedure, it uses the monographic research, and indirect documentation for research technique. The general objective was to determine whether the claim for reimbursement to the public treasury may be extinguished by prescription. The specific objective was to verify the objects of prescription of claim and decay of right, as is in Civil Law; discuss which institute reflects on the constitutional device aforementioned and the legally prescribed time limit in which the respective lawsuit must be filed. Therefore, it analyzes the principle of legal certainty and the constitutional rights and guarantees. Moreover, the extinctive phenomenon of prescription of claim and decay of right and its related legal institutes was verified. Following, it was literally interpreted the constitutional device cited above. Continuing, the interpretation was made systematically, under the legal principles and the fundamental rights and guarantees. Finally, two decisions that signal the possibility of a constitutional mutation were brought. It was concluded that the constitutional device does not allow an interpretation towards imprescriptibility. Furthermore, it was found that the prescription of claim for reimbursement to the Treasury is the only exegesis which is in line with the legal principles and fundamental rights and guarantees.

**Key-words:** Prescription. Pretension. Decay. Reimbursement. Public Treasury.

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

AgR – Agravo Regimental

AREsp – Agravo em Recurso Especial

Art. – Artigo

CPC/1973 – Código de Processo Civil – Lei n.º 5.869/1973

CRFB/1988 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CC/1916 – Código Civil de 1916 – Lei 3.071/1916

CC/2002 – Código Civil de 2002 – Lei 10.406/2002

CP – Código Penal – Decreto lei 2.848/1940

CTN – Código Tributário Nacional

Inc. – Inciso

Min. – Ministro

MS – Mandado de Segurança

N.º – Número

REsp – Recurso Especial

RE – Recurso Extraordinário

RG – Repercussão Geral

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TC – Tomada de Contas

TCU – Tribunal de Contas da União



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS COM O DECURSO DO TEMPO NAS RELAÇÕES JURÍDICAS.....</b>	<b>13</b>
1.1 DA SEGURANÇA JURÍDICA.....	14
1.2 DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA .....	21
<b>2 EFEITOS DO TEMPO NO DIREITO: PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA – ASPECTOS DESTACADOS NO DIREITO BRASILEIRO .....</b>	<b>27</b>
2.1 ASPECTOS GERAIS DOS INSTITUTOS DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA .....	27
2.2 SOBRE A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO.....	29
2.2.1 Ação e Pretensão.....	30
2.2.2 Conceito de Prescrição e os Direitos Prestacionais .....	38
2.3 SOBRE A DECADÊNCIA E OS DIREITOS POTESTATIVOS .....	41
2.3.1 Conceito de Decadência e os dos Direitos Potestativos .....	42
2.4 SOBRE AS AÇÕES PERPÉTUAS .....	45
<b>3 QUANTO À RECEPÇÃO DA PRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....</b>	<b>48</b>
3.1 DA PRESCRIÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO .....	48
3.2 DA IMPRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO – INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL FEITA POR PARTE DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA. ....	52
3.3 DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO .....	56
3.3.1 Quanto à interpretação literal do art. 37, § 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 .....	56
3.3.2 Da interpretação sistemática do art. 37, § 5º, da CRFB/1988 .....	62
3.3.2.1 Do princípio da Isonomia .....	63
3.3.2.2 Da Segurança Jurídica .....	64
3.3.2.3 Do Contraditório e da Ampla Defesa .....	67
3.3.2.4 Da impessoalidade.....	70

3.3.2.5	Dos princípios hermenêuticos .....	71
3.3.2.6	Da supremacia e indisponibilidade do interesse público e da interpretação proporcional.....	73
<b>3.3.3</b>	<b>Da possibilidade de mutação constitucional .....</b>	<b>75</b>
	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>78</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>80</b>
	<b>ANEXO A – MANDADO DE SEGURANÇA N.º 26.210 .....</b>	<b>91</b>
	<b>ANEXO B – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 819.135.....</b>	<b>111</b>
	<b>ANEXO C – REPERCUSSÃO GERAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 669.069 .....</b>	<b>132</b>

## INTRODUÇÃO

O tempo a tudo corrói; absolutamente nada passa incólume pela sua incidência onipresente. Diante disso, a sociedade guarda certo fascínio acerca desse fenômeno, cuja definição é vista como árdua tarefa filosófica. Afinal, sendo certo que não se confunde com o seu método de contagem, resta a dúvida: o que vem a ser o tempo?

À mingua de fôlego para tais digressões, as quais não comportam uma única sentada, o presente trabalho trata dos efeitos que o fenômeno temporal acarreta nas relações jurídicas. No entanto, como sua passagem pode ser fator de criação, conservação e extinção de direitos, esta empreitada debruçou-se sobre os efeitos extintivos do tempo na seara cível e administrativa, consubstanciados, principalmente, nos institutos jurídicos da prescrição e da decadência.

Tais estudos fizeram-se necessários para possibilitar o enfrentamento de questão ainda crepitante na doutrina e na jurisprudência brasileira, qual seja: se o ordenamento jurídico constitucional do Brasil recepcionou a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao Erário, levando-se em consideração a redação do art. 37, § 5º, da CRFB/1988.

Embora parte da doutrina e da jurisprudência entenda que, mesmo conflitando com o sistema jurídico, não há margem semântica e sintática para dúvida quanto à dicção do dispositivo constitucional; da redação do art. 37, § 5º, da CRFB/1988 é possível se extrair exegese segundo a qual a pretensão de ressarcimento ao Erário é prescritível, indo ao encontro da teoria jurídica criada desde Roma acerca do instituto da prescrição.

Ademais, em cotejo como os demais princípios constitucionais e direitos fundamentais que formam o sistema normativo brasileiro, eventual interpretação do enunciado no sentido da imprescritibilidade deve ceder espaço à exegese que sublinhe a harmonia entre as normas constitucionais, à luz do princípio da unidade da Constituição. Assim, sendo possível extrair-se do dispositivo constitucional norma que não conflita com o sistema constitucional e, ainda, respeite a tradição do fenômeno extintivo da prescrição, deve ser essa a conclusão do hermeneuta.

Nessa senda, a presente monografia acadêmica visa verificar a possibilidade de prescrição da pretensão de ressarcimento ao Erário, diante da interpretação do art. 37, § 5º, da CRFB/1988. Para tanto, busca analisar o atual estado da arte acerca dos fenômenos extintivos da passagem do tempo, limitando-se à prescrição e à decadência, posto que de maior relevância, com o fim de verificar seus respectivos objetos de incidência.

Além disso, este trabalho também objetiva definir qual o instituto que incide sobre a pretensão de ressarcimento ao Erário e qual o prazo a ser utilizado, caso se conclua pela não perpetuação da referida pretensão.

Justifica-se tamanha moção pelo fato da questão ainda não restar pacificada na doutrina e da jurisprudência. Ainda que haja julgamento pelo pleno do STF decidindo pela imprescritibilidade de tal pretensão, parte da doutrina não se conforma com a interpretação dada pela corte suprema brasileira. Do mesmo modo, a jurisprudência que se dispõe a enfrentar o tema tem vacilado quanto à interpretação do art. 37, § 5º, da CRFB/1988.

A relevância do tema ganhou força no decorrer de execução do presente trabalho, em razão de duas decisões em Recursos Extraordinários distintos, nos quais se reputou a repercussão geral o tema, levando-o novamente ao plenário do STF para que a matéria seja novamente julgada pela corte.

Assim, no primeiro capítulo, três dos principais institutos jurídicos que guardam relação com o decurso do tempo foram abordados, são eles: a segurança jurídica, o contraditório e a ampla defesa, sendo que os dois últimos foram analisados de forma conjunta, em razão de sua relação fraterna. Quando à segurança jurídica, demonstrou-se sua importância para o pensamento jurídico, seu conceito e sua relação com a passagem do tempo. No tocante ao contraditório e à ampla defesa, trouxe-se a atual concepção dos referidos institutos e a sua relação entre o decurso do tempo e a sua efetividade.

Já o segundo capítulo, faz referência ao estudo dos institutos da prescrição e da decadência propriamente ditos, sua natureza jurídica, seu objeto de incidência e os institutos afins a cada um deles. Para tanto, aprofundou-se acerca da teoria da ação, da pretensão e dos direitos subjetivos prestacionais, para fim de definir o objeto de incidência da prescrição. Quanto ao objeto da decadência, buscou-se analisar o direito potestativo como categoria distinta de direito subjetivo. Ao final, perquiriu-se sobre as ações perpétuas, definindo sua nomenclatura própria e suas hipóteses de ocorrência.

Passada a análise da segurança jurídica, do contraditório e da ampla defesa, bem como verificado em seus pormenores os institutos da prescrição e da decadência, no terceiro capítulo tratou-se especificamente da recepção da prescrição da pretensão de ressarcimento ao Erário. Para tanto, primeiramente foi identificado o instituto que incide sobre referida pretensão, para, então, verificar-se suas peculiaridades no Direito Administrativo. Após, analisou-se a interpretação que vem sendo feita pela doutrina e pela jurisprudência acerca do art. 37, § 5º, da CRFB/1988, inclusive com a apreciação do julgado que se tornou paradigma no STF. Seguindo, fez-se a interpretação literal do dispositivo, a fim de demonstrar a

contradição em termos que a tese da imprescritibilidade implica, bem como a possibilidade de se extrair da redação do dispositivo constitucional exegese no sentido da prescrição da pretensão de ressarcimento ao Erário. Caminhando-se ao fim, fez-se a interpretação sistemática do dispositivo constitucional, à luz dos princípios e direitos fundamentais da CRFB/1988, bem como se apresentou a possibilidade de mutação constitucional do art. 37, § 5º, da CRFB/1988.

No tocante ao método de abordagem que pauta este trabalho, adotou-se o método dedutivo, partindo-se da teoria geral acerca do instituto da prescrição e alcançando a interpretação do art. 37, § 5º, da CRFB/1988. No que toca ao procedimento, usou-se o método monográfico. Quanto à técnica de pesquisa, utilizou-se a documentação indireta, envolvendo pesquisa bibliográfica e documental.

Após a conclusão, o presente trabalho traz, na forma de anexos, três decisões do STF pertinentes ao tema, são elas: acórdão no MS nº 26.210 (paradigma quanto à imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao Erário), acórdão em Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 819.135 e decisão monocrática em Repercussão Geral em Recurso Extraordinário nº 669.069 (as duas últimas levando a questão da prescrição da pretensão de ressarcimento ao Erário à análise do pleno do STF).

## 1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS COM O DECURSO DO TEMPO NAS RELAÇÕES JURÍDICAS

As relações jurídicas sempre estarão sobre influência direta ou indireta dos fenômenos naturais. Aliás, não poderia ser de outra maneira, pois, em última análise, o próprio Direito não poder ser excluído da condição de manifestação natural, muito embora seja criação racional do homem.

Sobre esse tema, Hans Kelsen (2009, p. 02) questiona a distinção entre ciências sociais e ciências naturais e seus respectivos objetos: sociedade e natureza; como segue:

Se se parte da distinção entre ciências da natureza e ciências sociais e, por conseguinte, se distingue entre natureza e sociedade como objetos diferentes destes dois tipos de ciência, põe-se logo a questão de saber se a ciência jurídica é uma ciência da natureza ou uma ciência social, se o Direito é um fenômeno natural ou social. Mas esta contraposição de natureza e sociedade não é possível sem mais, pois a sociedade, quando entendida como a real ou efetiva convivência entre homens, pode ser pensada como parte da vida em geral e, portanto, como parte da natureza.

De qualquer modo, é inconteste que alguns fenômenos alheios à vontade humana causam determinados efeitos na esfera jurídica das pessoas. Tais acontecimentos naturais são conceituados como fatos jurídicos propriamente ditos (*stricto sensu*), em contraponto a outra espécie de fato jurídico, denominada ato jurídico, na qual ocorre manifestação volitiva do indivíduo (MONTEIRO; PINTO, 2011, p. 217-218).

Dentre os fatos jurídicos propriamente ditos (*stricto sensu*), alguns trazem suas consequências jurídicas de maneira intensa e inesperada, tal como acontece na aquisição de propriedade imóvel por acessão natural, na modalidade avulsão (Código Civil, art. 1.251)<sup>1</sup>; enquanto outros, por seu turno, de maneira imperceptível e onipresente, como é o caso da passagem do tempo, a qual irradia seus efeitos por intermédio de institutos jurídicos como a prescrição e a decadência, principalmente.<sup>2</sup>

Nessa toada, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2010, p. 460-461) destaca a importância do tempo na produção de efeitos jurídicos, seja para atribuir ao sujeito capacidade para o exercício de seus direitos, seja para fixar os efeitos da relação jurídica, ou

<sup>1</sup>Art. 1.251. Quando, por força natural violenta, uma porção de terra de destacar de um prédio e se juntar a outro, o dono deste adquirirá a propriedade do acréscimo, se indenizar o dono do primeiro ou, sem indenização, se, em um ano, ninguém houver reclamado

Parágrafo único. Recusando-se ao pagamento de indenização, o dono do prédio a que se juntou a porção de terra deverá aquiescer a que se remova a parte acrescida.

<sup>2</sup> Existem outros institutos jurídicos decorrentes da passagem do tempo. Nessa categoria, também se pode incluir a preclusão temporal (perda de uma faculdade processual em virtude da inércia da parte).

seja, ainda, para determinar a norma jurídica que regerá a eficácia e a validade de um ato jurídico.

Assim, a passagem do tempo, enquanto manifestação da natureza com efeitos na esfera jurídica das pessoas, já há muito vem sendo estudada pelos teóricos do Direito, de modo que alguns princípios jurídicos têm com ela estrita ligação. Dentre esses princípios, aquele que detém maior entrosamento com o decurso do tempo é, indubitavelmente, a segurança jurídica. No entanto, como doravante ficará demonstrado, as garantias processuais do contraditório e da ampla defesa também partilham dessa ligação.

## 1.1 DA SEGURANÇA JURÍDICA

Se no Estado absolutista o homem carecia de previsibilidade nas condutas, posto que subordinado ao arbítrio do governante, com o advento do Estado de Direito, nascido no bojo do movimento liberal, a legalidade ganhou proporções jamais vistas até então. Nessa toada, é válida a lição de Lenio Streck e José Luiz Bolzan de Moraes (2000, p. 86):

[...] o conceito de Estado de Direito emerge aliado ao conteúdo próprio do liberalismo, impondo, assim, aos liames jurídicos do Estado a concreção do ideário liberal no que diz com o *princípio da legalidade* – ou seja, a submissão da soberania estatal à lei – a *divisão de poderes ou funções* e, a nota central, *garantia dos direitos individuais*.

Assim, por intermédio de uma limitação negativa de atuação do Estado – cabendo a esse “o estabelecimento de instrumentos jurídicos que assegurassem o livre desenvolvimento das pretensões individuais” (STRECK; MORAIS, 2000, p. 88) –, chamados de direitos negativos, pois voltados à abstenção estatal e vinculados ao ideal de liberdade individual, o cidadão, agora sob o pálio da legalidade, tornou-se apto a se relacionar de forma mais segura e concreta, tornando possível a vida em sociedade (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 272).

Nesse contexto, a segurança jurídica exerce papel fundamental na formação da sociedade tal como se tem hoje, na qual a possibilidade de planejamento dos comportamentos à luz do direito vigente é pressuposto indispensável, mormente quando se fala em um modo de vida capitalista. Sobre o tema, segue lição do constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 109, grifo do autor), segundo o qual:

A economia capitalista necessita de *segurança jurídica* e a segurança jurídica não estava garantida no Estado Absoluto, dadas as frequentes intervenções do príncipe na esfera jurídico-patrimonial dos súbditos e o direito discricionário do mesmo príncipe quanto à alteração e revogação das leis. Ora, toda a construção

constitucional liberal tem em vista a *certeza do direito*. O laço que liga ou vincula às leis gerais as funções estaduais protege o sistema da liberdade codificada do direito privado burguês e a economia do mercado.

A segurança jurídica, portanto, desde as manifestações liberais, sempre foi considerada como pilar estrutural do Estado de Direito (CANOTILHO, 2003, p. 257). Desse modo, em que pese ser incontroverso que o Direito sirva para realizar determinados valores – dentre os quais ganha elevado destaque o ideal de justiça – é certo que, primeiramente, surgiu da necessidade de segurança (SICHES, 2000, p. 85).

A respeito da gênese do Direito e sua estrita vinculação com a segurança jurídica, a lição do jurista Luis Recasens Siches (2000, p. 85) é pertinente, como segue:

Si nos preguntamos ¿por qué y para qué los hombres establecen El Derecho? Y si para ello tratamos de descubrir el sentido germinal del surgimiento del Derecho, a fin de percatarnos de su esencia, caeremos en la cuenta de que la motivación radical que há determinado el orto del Derecho no deriva de las altas regiones de los valores éticos superiores, sino de un valor de rango inferior, a saber, de la seguridad de la vida social.

Nessa senda, mesmo que se considere o Direito como instrumento mais eficaz e racional encontrado pelo homem para a obtenção da justiça, essa representa o parâmetro axiológico que deve permeá-lo. No entanto, a necessidade de certeza e segurança é a força motriz que impulsiona o estabelecimento de determinadas regras e padrões de comportamentos que devem ser seguidos para a vida em sociedade (SICHES, 2000, p. 85-86).

Assim, em síntese, a justiça é o como, é o padrão que servirá de guia na elaboração do Direito, enquanto que a segurança é o porquê, é a razão pela qual o Direito surge na sociedade contemporânea.

Em arremate ao exposto, o jurista latino segue com sua argumentação acerca da importância da segurança jurídica como instituto fundante do Direito:

[...] El Derecho no es puro dictames, mera máxima, sino norma cierta y de cumplimiento seguro (de imposición inexorable), norma garantizada por el máximo poder social, por el Estado, a cuyo império no se podrá escapar. Y es al conjuro de tal necesidad de seguridad, de garantía irrefragable, que surge el Derecho. Eses su motivación primaria, su más honda raíz en la vida humana (SICHES, 2000, p. 86).

Ainda sobre a segurança jurídica, Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 86) a trata como “valor fundamental de todo e qualquer Estado que tenha a pretensão de merecer o título de Estado de Direito”. Em outra oportunidade, o mesmo autor menciona que:

[...] Com efeito, a doutrina constitucional contemporânea tem considerado a segurança jurídica como expressão inarredável do Estado de Direito, de tal sorte que a segurança jurídica passou a ter o *status* de subprincípio concretizador do principal fundamental e estruturante do Estado de Direito (SARLET, 2009, p. 433).



Sobre o tema, vale a colação da doutrina de Almiro do Couto e Silva (2003, p. 13), que tratando da atual e tranquila noção de Estado de Direito, ensina que essa pode “[...] apreciada sob o aspecto material e sob o ângulo formal. No primeiro sentido, elementos estruturantes do Estado de Direito são as idéias de justiça e de segurança jurídica [...]”.

Diante de tamanha relevância, seja considerada como subprincípio, seja como valor fundamental, seja como instituto fundante do Direito, elemento estruturante ou pilar estrutural do Estado de Direito, a segurança jurídica, no mínimo a partir da Declaração dos Direitos Humanos de 1948, passou a integrar o rol de direitos de todos os principais tratados internacionais e constituições dos Estados modernos, incluindo a Constituição brasileira de 1988, denominada de Constituição Cidadã (SARLET, 2005, p. 86).

Na CRFB/1988, o direito a segurança – o qual abarca, entre outros aspectos, a segurança jurídica – vem previsto em diversos dispositivos, sendo que ganha matize a sua previsão no art. 5º, *caput*,<sup>3</sup> conhecido rol de direitos e garantias fundamentais individuais não extirpáveis do ordenamento brasileiro (cláusulas *pétreas*). No mesmo sentido, embora sem força normativa (BULOS, 2012, p. 499), a CRFB/1988, em seu preâmbulo,<sup>4</sup> também traz a segurança como valor supremo da sociedade, consolidando o direito à segurança como valor estruturante do Estado brasileiro (SARLET, 2005, p. 88-91).

No entanto, em que pese sua relevância incontroversa, o constituinte entendeu por bem deixar de fazer menção ao termo “segurança jurídica” no texto constitucional,<sup>5</sup> o que não o impediu de recheiar a CRFB/1988 com dispositivos que, direta ou indiretamente, fazem brotar a noção de estabilidade nas relações e possibilidade de planejamento das condutas no Estado brasileiro (SARLET, 2005, p. 91-94).

Apenas a título ilustrativo, tem-se que o princípio da legalidade (art. 5º, inciso II, da CRFB/1988) corresponde a uma faceta da segurança jurídica, conforme se verá doravante. No mesmo sentido, os institutos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5º, inciso, XXXVI), passando pelas garantias processuais do devido processo

---

<sup>3</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

<sup>4</sup> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

<sup>5</sup> Vale ressaltar o art. 103-A, § 1º, o qual prevê a edição de súmulas vinculantes com o escopo de afastar a insegurança jurídica.

legal (art. 5º. Incisos LIV e LV), também são manifestações da segurança jurídica trazidas pelo constituinte originário (SARLET, 2005, p. 91).

Ainda quanto às manifestações da segurança jurídica no texto constitucional brasileiro, agora de maneira mais indireta, tem-se que a dignidade da pessoa humana, considerada por Uadi Lammêgo Bulos (2012, p. 509) sobreprincípio que condiciona a aplicação e interpretação de todos os dispositivos do ordenamento, quando vista como garantia de condições mínimas para a existência saudável do indivíduo, também guarda relação com a noção de segurança jurídica, posto que não será respeitada a dignidade do cidadão se esse estiver rodeado por um ambiente instável em que não se possa fazer minimamente a previsão de seus comportamentos à luz do regramento imposto (SARLET, 2005, p. 94).

Portanto, não resta dúvida que, embora lhe falte previsão expressa no texto constitucional, a segurança jurídica permeia toda a idéia de Estado contemporâneo e confunde-se, no essencial, com o princípio do Estado de Direito (KELSEN, 2009, p. 279), configurando instituto de importância impar na construção e aplicação do pensamento jurídico.

Dessa forma, superada a sua configuração como instituto jurídico indispensável para a formação do Estado Democrático de Direito, ocorre a necessidade de definição – em linhas gerais, visto que o foco do presente estudo é distinto – do que vem a ser a segurança jurídica.

Nesse sentido, José Afonso da Silva (2005, p. 16, grifo ou autor) ensina que “[...] a segurança no direito pode ser, num primeiro plano, compreendida num duplo sentido: *segurança do direito* a *segurança jurídica*. [...]”.

Quanto à primeira faceta (segurança do direito), o constitucionalista menciona estar essa relacionada com a positividade do Direito, ou seja, com a incidência de um ordenamento jurídico estruturado no qual a Constituição é o ápice de onde se retira a validade e o teor de todas as normas. A segurança do direito, portanto, tem relação com o direito objetivo, de onde se extrai a necessidade de conhecimento, por parte da sociedade, das normas jurídicas que formam o ordenamento, possibilitando, de modo seguro, a aplicação do mesmo (SILVA, 2005, p. 16-19).

No que toca à segunda faceta (segurança jurídica), segue o jurista dizendo ser essa uma garantia decorrente da segurança do direito, no sentido de que ao cidadão é garantida, em

um sentido amplo, a segurança em seus vários aspectos (jurídico, social, público, pessoal). Por outro lado, em um sentido mais estrito, cuja relevância é maior para a presente empreitada, a segurança jurídica significa a estabilidade e confiança nos negócios jurídicos e em seus respectivos resultados, de forma a preservar ao indivíduo o mínimo necessário de previsibilidade em suas relações interpessoais, as quais se manterão intocáveis à luz do direito vigente, seja ele modificado posteriormente ou não (SILVA, 2005, p. 17).

No mesmo sentido, Carlos Aurélio Mota de Souza (1996, p. 25) também distingue duas facetas da segurança jurídica: a Segurança Jurídica e a Certeza do Direito.

Para o autor, segurança jurídica é fato, é o fenômeno concreto, que, no caso, corresponde à norma posta e ao ordenamento tal como está estruturado no Estado. Em suas palavras: segurança “[...] é como uma rodovia em que se transita, que dá firmeza ao caminhante, para que não se perca nem saia dos limites traçados pela Autoridade competente [...]” (SOUZA, 1996, p. 25).

Portanto, a segurança jurídica é um pressuposto jurídico aos indivíduos, materializado no direito objetivo (ordenamento jurídico posto), o qual determina os valores e os comportamentos aceitos na vida em uma sociedade (SOUZA, 1996, p. 26).

No que tange ao segundo aspecto da segurança jurídica, chamado por Carlos Aurélio Mota de Souza (1996, p.26) de “certeza do direito”, ensina o autor que

[...] a certeza é a confiança do cidadão nas leis, que lhe permitem agir eticamente, adotando condutas razoáveis e previsíveis, de que seu agir é “direito” e não “torto”, de que suas atuações em sociedade não poderão sofrer sanções, pois as rodovias (leis) não mudam seu traçado (princípio da legalidade), para não surpreender aos cidadãos.

Seguindo com sua pertinente metáfora, Carlos Aurélio Mota de Souza (1996, p. 26) ilustra que: “A certeza do direito é uma faculdade, pois pode não se concretizar o direito, o condutor pode não sair pela estrada, sair de dia ou à noite, com sol ou neblina, porém a estrada sempre estará em seu lugar, como as leis estão nos códigos.” Assim, a segurança jurídica é objetiva e cogente a todos, ao passo que a certeza do direito é subjetiva, cabendo a cada sujeito a valoração e previsibilidade de sua conduta particular à luz do direito vigente.

Desse modo, a estrada sinalizada significa a segurança jurídica, como fato material concreto, de sorte que a certeza do direito depende do conhecimento de todos acerca da estrada e do grau de sinalização da mesma, pois quanto mais claras e sinalizadas forem as curvas e os relevos da estrada, mais tranquila será a viagem; ou seja, quanto mais claras forem

as normas e suas relações entre si e quanto maior for o grau de conhecimento da sociedade sobre seus direitos e deveres, maior será o grau de certeza do Direito (SOUZA, 1996, p. 26).

De certo modo, tanto a classificação proposta por Carlos Aurélio Mota de Souza quanto à trazida por José Afonso da Silva assemelham-se entre si, posto que, para ambos os autores, a primeira faceta da Segurança Jurídica pressupõe a existência de um ordenamento jurídico claro e acessível à sociedade, para que, a partir disso, aos indivíduos seja possibilitada a faculdade de previsão de seus atos e de escolhas de comportamentos e relações jurídicas de acordo com as regras postas.

Em outras palavras, ambos os autores vinculam a primeira faceta da segurança jurídica à existência de um ordenamento jurídico, seja ele positivado (*Civil Law*) ou atrelado aos precedentes jurisprudenciais (*Common Law*), de modo que a ligação entre a segurança jurídica e a legalidade é umbilical.

Assim, em suma, havendo uma lei posta (ou um precedente vinculativo, a depender do sistema a que se retrata), clara o suficiente para não deixar dúvida quanto à sua hipótese de incidência, cujo acesso é garantido ao cidadão (Segurança jurídica, consoante classificação de Mota, ou Segurança do Direito, nos moldes do proposto por José Afonso da Silva), esse terá a faculdade de planejar o próximo passo a seguir, ou seja, poderá antecipar a possível consequência para determinada relação jurídica, de sorte que a possibilidade de imprevistos seja reduzida ao seu grau mínimo.

Sem embargos, a síntese conclusiva de Carlos Aurélio Mota de Souza (1996, p. 27) é elucidativa, na qual “[...] a Segurança objetiva das leis dá ao cidadão a Certeza subjetiva das ações justas, segundo o Direito.”. Ou seja, através de um ordenamento claro o cidadão pode comportar-se sem medo de estar “dirigindo fora da pista”.

Nesse mesmo viés, Rafael Valim (2009, p. 41-42) destaca dois aspectos nucleares da segurança jurídica, quais sejam: a certeza e a estabilidade. O primeiro abarcaria a segurança do sujeito acerca da norma aplicável a determinado caso concreto, bem como do sentido do dever-ser advindo da respectiva norma. Quanto ao segundo aspecto, esse se refere à garantia do cidadão de que seus atos feitos segundo os ditames do direito vigente não podem ser revistos ou anulados a qualquer tempo e ao bel prazer do Estado. Ou seja, ao cidadão que age de acordo com a certeza do direito é assegurada a estabilidade de suas relações jurídicas.

Na seara administrativa, como não poderia ser diferente, a segurança jurídica também recebe destaque dentre os princípios gerais do Direito, segundo a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, 89-90, grifo do autor), como segue:

Finalmente, cumpre fazer menção a um princípio comum a todo e qualquer sistema jurídico e que, obviamente, não é específico do Direito Administrativo, mas nele possui notável relevo, a saber: o *princípio da segurança jurídica*, o qual, se acaso não é o maior de todos os princípios gerais de direito, como acreditamos que efetivamente o seja, por certo é um dos maiores dentre eles. Por força do sobredito princípio cuida-se dos administrados e de minorar os efeitos traumáticos que resultem de novas disposições jurídicas que alcançariam situações em curso. A prescrição, o direito adquirido, são exemplos de institutos prestigiadores da segurança jurídica.

Ainda no campo do Direito Administrativo, Marçal Justen Filho (2011, p. 1239) traz como corolário da segurança jurídica o princípio da confiança legítima, decorrente da presunção de legalidade e legitimidade dos atos emanados dos poderes públicos. Segundo o autor:

[...] As expectativas e os direitos derivados de atividades estatais devem ser protegidos, sob o pressuposto de que os particulares têm a fundada confiança em que o Estado atua segundo os princípios da legalidade, da moralidade e da boa-fé. Os particulares orientam a própria conduta de acordo com as condutas estatais. A participação estatal na produção de uma situação produz a confiança do particular.

Em função disso, o particular tem nas condutas do Estado a realização da legalidade, posto que a esse não é permitida a atuação fora dos padrões legais, de modo que as situações engendradas ou ratificadas pela Administração restam protegidas pelo pálio da segurança jurídica e da confiança legítima, cabendo ao Poder Judiciário, de frente ao caso concreto, decidir, com base na ponderação de princípios, o confronto aparente entre a legalidade e a segurança jurídica.

Sobre o suposto confronto de princípios supracitado, tem-se que levar em consideração que, com a insuficiência do positivismo jurídico, evidenciada principalmente após a segunda metade do século XX, o moderno constitucionalismo propôs a ascensão do pós-positivismo como modo de construção do pensamento jurídico contemporâneo, para o qual a normatividade dos princípios é tema central (BARROSO, 2008, p. 34-35).

Dessa forma, não se trata de confronto entre os princípios da legalidade e da segurança jurídica, mas de complementação dos institutos, posto que:

[...] o princípio da legalidade é enriquecido pelo conteúdo do princípio da segurança jurídica, o qual se torna um dos parâmetros de aferição de validade das condutas estatais [...] quando em certo caso concreto prevalece o princípio da segurança jurídica não há ruptura da ordem jurídica ou preterição do princípio da legalidade, senão que afirmação do princípio da legalidade (VALIM, 2009, p. 45).

Assim, ressalta-se a tendência dos Tribunais Superiores, bem como nas instâncias ordinárias, em elevar o princípio da segurança jurídica e da confiança legítima em detrimento da legalidade, sobretudo quando o administrado age de boa fé. Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência do STF:

Servidor Público. Funcionário. Aposentadoria. Cumulação de gratificações. Anulação pelo Tribunal de Contas da União - TCU. Inadmissibilidade. Ato julgado legal pelo TCU há mais de cinco (5) anos. Anulação do julgamento. Inadmissibilidade. Decadência administrativa. Consumação reconhecida. Ofensa a direito líquido e certo. Respeito ao princípio da confiança e segurança jurídica. Cassação do acórdão. Segurança concedida para esse fim. Aplicação do art. 5º, inc. LV, da CF, e art. 54 da Lei federal nº 9.784/99. Não pode o Tribunal de Contas da União, sob fundamento ou pretexto algum, anular aposentadoria que julgou legal há mais de 5 (cinco) anos. (STF. MS 25963, Rel.: Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 23/10/2008).

Em arremate aos apontamentos supra, recorre-se à doutrina de Marçal Justen Filho (2011, p. 1240), segundo a qual “[...] é inquestionável a tendência à proteção de situações materiais constituídas em vista de atos administrativos defeituosos, especialmente quando presente o requisito da boa-fé do particular.”.

## 1.2 DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Na mesma toada do princípio da segurança jurídica, as garantias fundamentais processuais do contraditório e da ampla defesa também guardam relação próxima com o efeito do tempo no Direito, nesse caso, na seara processual.

Aliás, inegável a ligação entre a segurança jurídica e o contraditório, visto que será a sentença legitimada pelo exercício do contraditório e da ampla defesa que, após seu trânsito em julgado, ganhará a imutabilidade da coisa julgada. Nesse sentido, colhe-se da doutrina de Cassio Scarpinella Bueno (2010, p. 144):

[...] O direito material, quando reconhecido pelo Estado-juiz em determinadas circunstâncias – a que importa para cá, quando realizado, suficiente e exaustivamente, o ‘contraditório’ –, fica *imunizado* de qualquer nova discussão [...]

Portanto, se anteriormente o processo era visto como mero meio pelo qual se exercia o direito, no qual a ação era concebida como o próprio direito material que, em face da suposta lesão, poderia ter a sua reparação requerida em juízo; hodiernamente, a teoria processual foi amplamente desenvolvida, afirmando-se como ciência autônoma, com conceitos e princípios próprios, em que pese ainda servir como instrumento para obtenção de um resultado prático (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 48-49).

Nessa linha de pensamento, vale colacionar a lição de Antonio Carlos de Araújo, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 86) sobre a importância do processo e, por via de consequência, dos princípios processuais, para a concretização da justiça, segundo a qual “a própria Constituição incumbe-se de configurar o direito processual não mais como mero conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material, mas, cientificamente, como instrumento público de realização da justiça.”.

Por tal razão, o princípio do devido processo legal (art. 5º, inc. LVI, da CRFB/1988)<sup>6</sup> – e o princípio do acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV)<sup>7</sup>, elevados ao status de garantias fundamentais constitucionais, formam os dois pilares de sustentação de toda a processualística contemporânea, deles decorrendo o contraditório e a ampla defesa, também previstos no texto constitucional como garantias fundamentais (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 90).

Nessa senda, em sendo impossível destacar as garantias processuais da efetivação da justiça, nada mais correto do que apresentar os efeitos do tempo também no processo, seja ele judicial ou administrativo, intento em que o contraditório e a ampla defesa obtêm relevância impar.

Nesse sentido, a contraposição de alegações, desde a consolidação da linguagem verbal, sempre consistiu na forma mais racional de composição de litígios. No entanto, foi na Antiguidade que tal prática desenvolveu-se na forma de Dialética (SANTOS, 2011, p. 78). Foi, no entanto, a partir da lição de Hegel que a Dialética ganhou os contornos absorvidos pela filosofia moderna e contemporânea (ABBAGNANO, 2007, p. 319).

Assim, para o filósofo alemão, “constitui um lado capital da lógica a intelecção de que natureza do pensar mesmo é a dialética, de que o pensar enquanto entendimento deve necessariamente cair no negativo de si mesmo – na contradição [...]” (HEGEL, 1995, p. 51).

Nesse movimento é que emergem os princípios do contraditório e da ampla defesa, ou seja, por intermédio de eficaz conflito de argumentação (contradição) entre a tese e a antítese, os aludidos princípios processuais surgem como meio de busca pela verdade dos fatos do processo (síntese), senão em sua completude, pelo menos da forma mais satisfatória possível (SANTOS, 2011, p. 79).

---

<sup>6</sup> Art. 5º, inc. LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

<sup>7</sup> Art. 5º, inc. XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

No mesmo tom é o ensinamento de Antonio Carlos de Araújo, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 61), segundo o qual “[...] somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a *tese* e a outra, a *antítese*) o juiz por corporificar a *síntese*, em um processo dialético [...]”.

Diante disso, as garantias do contraditório e da ampla defesa encontram-se em relação fraterna entre si, sendo trazidas, no mais das vezes, em associação, tal como o fez a CRFB/ 1988 no art. 5º, inc. LV.<sup>8</sup> Ademais, é certo que, conforme será explicitado adiante, a concepção moderna desses princípios processuais concede ainda mais complementaridade aos mesmos, em que pese suas respectivas particularidades.

Sobre a afinidade entre o contraditório e a ampla defesa, já expondo o conceito básico de cada instituto, traz-se a lume a lição de Alexandre de Moraes (2012, p. 111-112):

Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

Assim, o contraditório consiste, basicamente, em assegurar que os sujeitos da relação processual, seja ela judicial ou administrativa, sejam informados acerca da existência do processo em questão, bem como de todos os fatos jurídicos decorridos na marcha processual, sendo-lhes propiciada a oportunidade de poder se manifestar acerca dos aludidos fatos, de modo a acarretar no dever do órgão deliberador em apreciar tais manifestações, levando-as em consideração em sua decisão (MOREIRA, 2003, p. 277).

No mesmo sentido, a doutrina de Antonio Carlos de Araújo, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 63) resume o contraditório em dois elementos básicos, quais sejam: a informação e a reação, sendo que somente aquela é imprescindível para o regular trâmite processual.

Indo além, a doutrina processual mais moderna, embora não negue os dois elementos basilares do instituto (informação e reação), matiza o fato de que a mera oportunidade de impugnar qualquer ato processual não é suficiente para satisfazer o princípio do contraditório. Diante disso, faz-se indispensável que sejam criadas condições concretas, reais, efetivas, para que a parte possa contraditar qualquer manifestação processual, sendo-lhe

---

<sup>8</sup> Art. 5º, inc. LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;



garantida a paridade de armas necessária para que a formação dialética do processo possa tomar seu devido rumo. Esse é o entendimento de Cassio Scarpinella Bueno (2010, p. 140), *in verbis*:

[...] o contraditório, no contexto dos “direitos fundamentais” [...], deve ser entendido como o direito de influir, de influenciar, na formação da convicção do magistrado ao longo de todo o processo. Não se deve entendê-lo somente do ponto de vista negativo, passivo, defensivo. O Estado-juiz, justamente por força dos princípios constitucionais do processo, não pode decidir, sem que garanta previamente amplas e reais possibilidades de participação daqueles que sentirão, de alguma forma, os efeitos de sua decisão.

Em face dessa nova concepção, a doutrina de Cassio Scarpinella Bueno (2010, p. 141-142, grifo do autor), em consonância com a moderna processualística, vem chamando a atenção para o princípio da cooperação como um corolário do contraditório, no sentido de “troca de informações, de municiar o magistrado com todas as informações possíveis e necessárias para *melhor* decidir”, em atenção à necessidade de colaboração entre as partes e o magistrado, todos em prol do aprimoramento da jurisdição.

Assim, em uma visão contemporânea, o contraditório vincula não somente as partes interessadas no deslinde processual, mas também o órgão julgador, de forma que esse, na interpretação e aplicação do direito, faça valer o contraditório em sua forma concreta, qual seja: como real possibilidade de manifestação e de influência da decisão a ser tomada. Nesse sentido, socorre-se da lição de Cassio Scarpinella Bueno (2010, p. 141-142), segundo a qual

[...] o princípio do contraditório tem abrangência dupla. A lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo, e o juiz deve franquear-lhes esses meios. Mas significa também que o próprio juiz deve participar da preparação e do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. A garantia resolve-se, portanto, num direito das partes e em deveres do juiz.

No mesmo sentido, Luiz Alberto Reichelt (2008, p. 338) traz quatro facetas indissociáveis do princípio do contraditório, sendo as duas primeiras nos moldes da concepção clássica de contraditório, enquanto que as duas últimas relacionadas à ideia de contraditório vista pela moderna doutrina processual, como segue:

Da análise de referenciais doutrinários e jurisprudenciais pertinentes ao tema, observa-se que a garantia do contraditório tem por conteúdo quatro parâmetros mínimos que devem ser observados quando do desenvolvimento da marcha do processo: a) o direito dos sujeitos processuais à participação no debate processual; b) o direito à instauração de um diálogo entre os sujeitos processuais; c) o direito ao estabelecimento de uma mecânica de colaboração entre os sujeitos processuais para a construção do provimento jurisdicional; e d) o direito dos sujeitos processuais a não serem surpreendidos quando da prolação da decisão jurisdicional [...]

Nessa toada, da mesma forma que o devido processo legal foi dividido em uma faceta procedimental ou formal (*procedural due process of Law*) e noutra substancial ou material (*substantive due process of Law*) – em que a primeira se detém ao procedimento a

ser seguido na marcha processual, e a segunda matiza a razoabilidade e a proporcionalidade nesse mesmo trâmite –, o princípio do contraditório também recebe o mesmo tratamento, até porque oriundo e indissociável daquele (SANTOS, 2011, p. 81-82).

Nesse prisma, entende-se por contraditório procedimental a mera participação da parte no processo, ou seja, a oportunidade dada a ela para se manifestar acerca dos atos ocorridos no deslinde do processo (concepção clássica do contraditório). Com base nesses termos, Guilherme Luis Quaresma Santos (2011, p. 84) ensina que

O contraditório, em seu aspecto procedimental, averigua apenas se a parte foi notificada para defender-se ou apresentar seus argumentos; se ela, devidamente notificada, deixa de fazê-lo ou o faz mal, não há nulidade.

Por outro lado, o contraditório substancial vai se preocupar não apenas com a possibilidade de manifestação, mas se essa se deu em condições efetivas de participação e colaboração no processo, de modo a influenciarem na jurisdição. Impondo relevância a essa colaboração na dialética processual, Guilherme Luis Quaresma Batista (2011, p. 86) alega que

Averiguar-se-á, no contraditório substancial, se no processo permitiu-se às partes a possibilidade de que elas pudessem trazer um juízo, por intermédio de um diálogo participativo, as suas razões e fundamentos (teses) a fim de colaborarem e influenciarem na prolação das decisões judiciais (síntese).

Dessarte, não basta a informação dos atos e a possibilidade de contraditá-los para que o princípio do contraditório, em sua concepção atual, seja observado, visto que sua mera formalidade é insuficiente. Assim, é indispensável para a incolumidade do processo que às partes seja garantida a paridade de armas e a real possibilidade de influenciar na decisão a ser tomada. Nesse sentido, é relevante a doutrina de Ovídio A. Baptista da Silva e Fábio Luiz Gomes (2006, p. 57, grifo do autor) acerca da relação entre o contraditório e a igualdade entre as partes, como segue:

O princípio do contraditório, por outro lado, implica um outro princípio fundamental, sem o qual ele nem sequer poderia existir, que é o *princípio da igualdade das partes* na relação processual. Para a completa realização do princípio do contraditório, é mister que a lei assegure a efetiva igualdade das partes no processo, não bastando a formal e retórica igualdade de oportunidades [...]

É nesse tom que o princípio do contraditório encontra maior similaridade com o princípio da ampla defesa, ou seja, é no contraditório substancial, em que a igualdade entre as partes é garantida, que a parte poderá exercer seu direito de defesa da maneira mais ampla possível, com “os meios e recursos a ela inerentes”, consoante determina o texto constitucional (art. 5º, inc. LV, da CRFB/1988) (SANTOS, 2011, p. 86).

Isso porque ampla defesa, no mesmo caminho demonstrado quanto ao princípio do contraditório, não pode ser concebida na sua concepção meramente formal, mas sim como a garantia a qualquer parte no processo de efetivamente trazer aos autos argumentos em sua defesa. Ou seja, maneiras concretas e reais para que a parte possa impugnar alguma imputação que lhe é feita (BUENO, 2010, p. 145).

Sobre a ampla defesa e sua relação umbilical com o princípio do contraditório, colhe-se da visão constitucionalizada do processo de Cassio Scarpinella Bueno (2010, p. 146-147, grifo do autor), segundo o qual, para a real observância do princípio da ampla defesa, é indispensável

[...] disponibilização, para o réu, não só das condições de oferecer resposta oportuna mas, muito além disto, das condições necessárias de comprovar o acerto de sua defesa, influenciando, desta forma, na convicção do magistrado. O tema, que guarda inegável entrelaçamento com o “princípio do contraditório” [...], quer evidenciar, apenas e tão somente, que, em um modelo de Estado como o brasileiro, não é suficiente a previsão *formal* de uma garantia processual. É mister a criação de condições mínimas e suficientes para o correto exercício. Assim, não basta se defender, mas também se faz necessário criar condições de se exercer adequadamente esta defesa.

É nesse ponto, portanto, que os institutos do contraditório e da ampla defesa guardam sua relação com os efeitos do tempo no Direito, pois o exercício desses princípios processuais, consoante foi exaustivamente demonstrado supra, não se limita à mera possibilidade de contraditar atos processuais e produzir provas em seu favor, mas sim na real e efetiva oportunidade de contribuir e participar da convicção do magistrado.

Assim, a observância desses princípios não se restringe ao cenário processual, isto é, não é apenas após a formação do processo que o contraditório e a ampla defesa começam a ser respeitados, mas antes e depois da instauração processual, principalmente na interpretação de leis de direito material, garantindo que as partes, independentemente da existência ou não de um processo, possam trazer aos autos meios eficazes de defesa e de contradição dos argumentos contrários, na eventual relação processual. Nessa toada, traz-se o ensinamento de Cassio Scarpinella Bueno (2010, p. 146, grifo do autor), o qual aduz ser indispensável para o efetivo cumprimento do contraditório e da ampla defesa que

[...] antes e “fora” do plano do processo, portanto, o Estado crie condições mínimas de *conscientização* de direitos até como forma de garantir a própria tutela dos direitos no plano material, independentemente da atuação jurisdicional e, pois, da tutela *jurisdicional* de direitos.

Portanto, a interpretação do ordenamento jurídico não pode se desincumbir da análise quanto ao contraditório e à ampla defesa, ambos vistos como meios para garantir para que o jurisdicionado possa efetivamente trazer aos autos os argumentos de fato e de direito

que irão compor o seu substrato defensivo, conforme será melhor demonstrado doravante em relação ao art. 37, § 5º, da CRFB/1998.

## **2 EFEITOS DO TEMPO NO DIREITO: PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA – ASPECTOS DESTACADOS NO DIREITO BRASILEIRO**

### **2.1 ASPECTOS GERAIS DOS INSTITUTOS DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA**

O tempo, desde o nascimento até a morte, incide ininterruptamente na vida do indivíduo. Tal fato não poderia passar despercebido para o Direito, de modo que a sociedade tem interesse direto em regular os efeitos jurídicos de seu decurso (GONÇALVES, 2012, p. 574).

Diante disso, a doutrina vem trazendo vários fundamentos para o efeito extintivo do tempo nas relações jurídicas, o que, de certa forma, realça a importância da matéria. Sobre tais fundamentos, Antônio Luís da Câmara Leal (1982, p. 14) resume-os em três, com base no Direito Romano, são eles: a) necessidade de definição das relações jurídicas; b) castigo à negligência; e c) o interesse público.

Entretanto, por mais que não se negue a pertinência do brocardo jurídico *dormientibus non succurrit jus* é certo que a penalidade à inércia do cidadão se dá de forma indireta, em razão da falta de cooperação social daquele que contribuiu para a manutenção da instabilidade do sistema jurídico. Dessa forma, se o Direito não socorre aquele que dorme, não o faz por uma razão de interesse público, de forma a coibir a perpetuação de uma condição ofensiva à tranquilidade social (LEAL, 1982, p. 16).

Dessa forma, por mais que endosse a fundamento baseado no castigo à negligência – com espeque no fato da prescrição deveras trazer um mal em decorrência da inércia do titular do suposto direito subjetivo – Câmara Leal (1982, p. 15), tratando apenas da prescrição, diz que ela “foi criada como medida de ordem pública, para que a instabilidade do direito não viesse a perpetuar-se, com o sacrifício da harmonia social, que é a base fundamental do equilíbrio sobre que se assenta a ordem pública.”

Isso porque a perpetuação de obrigações sem o seu devido cumprimento ou sem a sua consolidação configura situação antijurídica que turba a tranquilidade na vida em

sociedade, de sorte que o titular de direito subjetivo que permanece inerte colabora para a permanência dessa situação, cabendo ao Estado, através de institutos que dão juridicidade ao decurso do tempo, restabelecer a estabilidade e a segurança jurídica (LEAL, 1982, p. 15-16).

Nesse sentido, consolidou-se entendimento na doutrina pátria que a prescrição e a decadência são institutos que versam sobre matéria de ordem pública (CAHALI, 2008, p. 15-16), cuja pedra angular reside na necessidade de se conceder tranquilidade à vida em sociedade, diminuindo as incertezas inerentes à passagem prolongada do tempo (GONÇALVES, 2012, p. 575).

Tanto na prescrição como na decadência, portanto, é realçado o interesse público, em detrimento de eventual interesse individual do suposto titular do direito subjetivo, pois a letargia em agir ocasiona dúvida nas relações sociais, acarretando insegurança jurídica, o que não pode se coadunar com o interesse de ordem pública (PATTERSON, 1947, p. 75).

Outra questão relevante é quanto à natureza jurídica dos institutos da prescrição e da decadência: se de direito material ou direito processual. Embora, inicialmente, possa parecer de pouca importância, tal questionamento ganha relevo com a persistente discussão acerca do objeto de incidência dos institutos, consoante será explicitado em item por vir.

De maneira introdutória, no entanto, faz-se pertinente lembrar que o ordenamento jurídico abarca tanto normas gerais abstratas de Direito Material, que ligam fatos às consequências já determinadas, quanto de Direito Processual, que definem o meio pelo qual o Estado-juiz, detentor do monopólio jurisdicional, estabelecerá se o fato concreto subsume-se à norma abstrata material (KELSEN, 2009, p. 256).

Noutros termos, compete ao Direito Material regular as relações intersubjetivas (pessoas físicas e jurídicas entre si), bem como as respectivas sanções para o caso de seu descumprimento, enquanto que o Direito Processual define o trajeto a ser percorrido por aquele que imputa a violação do Direito Material a outrem, esperando do Estado a jurisdição (CAHALI, 2008, p. 16-17).

Nessa senda, se cabe ao Direito Material regulamentar o nascimento de um direito subjetivo, em razão da subsunção do fato à norma de Direito Objetivo, cabe-lhe, também, determinar a sua extinção em virtude do decurso do tempo, por intermédio dos institutos da prescrição e da decadência. Com base nisso, Yussef Said Cahali (2008, p. 17) ensina que

[...] A prescrição e a decadência integram o direito material, eis que dizem respeito a uma das formas de extinção do direito subjetivo, da pretensão ou da ação; que

representam uma exceção, equiparada a qualquer outra causa extintiva do direito concedido.

Diante disso, não há espaço para dúvida quanto ao fundamento dos institutos da prescrição da decadência: ambos são institutos de Direito Material que servem para estabilizar as relações jurídicas que se prolongam no tempo, garantindo a harmonia social.

## 2.2 SOBRE A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO

A etimologia da palavra “prescrição” tem como raiz o vocábulo latino *praescriptio*, que, por sua vez, originou-se do verbo *praescribere* (*prae* + *scribere*), cujo significado é escrever antes ou no começo (LEAL, 1982, p. 03).

Com efeito, no sistema formulário do direito pretoriano de Roma, tinha-se que o Pretor, no início de seu mandato, determinava a afixação do *Edicto do Pretor*, no qual eram compiladas todas as *actiones*, e suas respectivas fórmulas: modelos de orientação a serem utilizados no decorrer do processo. (KASER, 1999, p. 37)

Essa fórmula concedida pelo pretor era constituída de quatro fases principais, consoante lição de Câmara Leal (1982, p. 03), como segue:

[...] Essa fórmula, em cujo frontispício era feita a instituição do juiz, compunha-se de quatro partes principais: a *demonstratio*, ou enunciação da parte não contestada dos fatos da causa; a *intentio*, ou indicação da pretensão do autor e contestação do réu; a *condemnatio*, ou atribuição conferida ao juiz para condenar ou absolver, segundo o resultado de sua verificação; e a *adjudicatio*, ou autorização concedida ao juiz para atribuir às partes a propriedade do objeto litigioso.

Ao longo de seu mandato, no entanto, o Pretor também tinha a faculdade de conceder uma *actio* não abarcada por seu *Edicto*, chamadas de *actiones in factum*. Assim, antes de iniciado o procedimento formulário, o autor apresentava o seu pedido e solicitava a concessão da *actio*, na chamada *editio e postulatio actionis* (KASER, 1999, p. 440-448).

Entretanto, com a introdução da *actio* temporária no sistema formulário, em oposição às ações perpétuas, cabia ao pretor, diante de uma hipótese de ação temporária, preceder à fórmula uma fase introdutória (antes da *demonstratio*), na qual era determinando ao juiz a absolvição da parte passiva na hipótese de se ter exaurido o prazo para duração da *actio*. A essa parte preambular da fórmula, que a antecedia, deu-se o nome de *praescriptio* (LEAL, 1982, p. 04).

Desse modo, frente à origem romana do instituto, na qual a prescrição se tratava de causa impeditiva da ação temporária, Câmara Leal (1982, p. 11) não hesitava em afirmar

que a prescrição “só pode ter por objeto a ação, e não o direito, posto que este sofra também os seus efeitos, porque ela, extinguindo a ação, o torna inoperante.”.

Sem embargos, diante da concepção romana de ação, irreparável a conceituação de Câmara Leal acerca do instituto da prescrição. No entanto, após densa evolução conceitual do instituto da ação, faz-se imprescindível a sua definição à luz da doutrina processual contemporânea, assim como também é pertinente adentrar-se ao conceito de pretensão, para o fim de se apresentar uma acurada conceituação do fenômeno prescritivo.

### **2.2.1 Ação e Pretensão**

Uma das principais conquistas da Ciência Processual, senão a principal, foi o estudo do instituto da ação, o que lhe concedeu autonomia perante o Direito Material e possibilidade de sua construção como pensamento científico. Para tanto, variadas foram as teorias que tentaram explicar o instituto da ação (DIDIER, 2005, p. 203).

Primeiramente, forte na tradição jurídica romana, nos moldes da expressão latina “*nihil aliud est actio quam ius, quod sibi debeat, in iudicio persequendi*”, cunhada por Celso, tem-se a Teoria Civilista da Ação, cujo principal expoente é Savigny (SILVA; GOMES, 2006, p. 94-95).

De acordo com essa teoria, também chamada de imanentista (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 267), a ação e o direito por ela tutelado são indissociáveis; isto é, a ação era considerada como o próprio direito material colocado à reação da ameaça ou da lesão, de modo que não existiria direito sem ação, tampouco ação sem direito (SANTOS, 1981, p. 150).

Isso porque, em Roma, antes do início do procedimento formulário, o pretor determinava se o autor tinha ou não a *actio*. Desse modo, dizer que um romano era possuidor de uma *actio* era dizer que esse romano era titular de um direito exercitável na via judicial, cuja previsão de êxito somente é verificada no decorrer do processo (KASER, 1999, p. 57).

Tal teoria foi amplamente aceita no Brasil no começo do século XX (SANTOS, 1981, p. 150), influenciando sobremaneira o legislador brasileiro, consoante se verifica na redação do Código Civil de 1916, especialmente em seu art. 75, segundo o qual “a todo direito corresponde uma ação, que o assegura”. No mesmo sentido, o capítulo destinado à

prescrição no CC/1916 não destoou dessa teoria, dizendo que a prescrição incidia sobre a ação, nos moldes do seu art. 177 e seguintes.

No entanto, em desconforto à teoria civilista, surgiram as teorias autônomas da ação, a partir da polêmica protagonizada pelos romanistas Windscheid e Muther (SILVA; GOMES, 2006, p. 95).

O primeiro, Bernhard Windscheid, distinguiu o sentido da ação romana (*actio*) da concepção moderna de ação (*klage*, na língua alemã), a qual não se trata de um aspecto do direito material, mas um direito derivado de outro direito. Ademais, para o jurista alemão, a *actio* romana significava aquilo que era exigível do outro, de maneira que a aproximou muito mais do conceito de pretensão do que propriamente da ação (*klage*) (MARINONI, 2010, p. 164-165).

Já o segundo, Theodor Muther, propôs nova análise da *actio* romana, pois essa designava todo o processo que antecedia a *lide in judicio*, culminando com a concessão da fórmula pelo pretor. Desse modo, o romano lesado possuía a pretensão para que a fórmula fosse concedida, não cabendo a arbitrariedade do pretor, o que desafiava um instituto chamado de *intercessio* (SILVA; GOMES, 2006, p. 98).

O referido debate prolongou-se no tempo, no entanto, o ponto principal que se extraiu foi a concordância de que de um fato jurídico emergem dois direitos autônomos: o direito à proteção do Estado (direito público), dirigido ao Estado-juiz, e o direito a ser tutelado, proposto em face da parte adversa (SILVA; GOMES, 2006, p. 95-99).

A partir dessa constatação, que foi amplamente aceita pela doutrina, surgiram duas outras teorias: a ação como direito autônomo e concreto e a ação como direito autônomo e abstrato (THEODORO JR, 2012, p. 71).

Segundo a teoria da ação como direito autônomo e concreto, trazida a lume por Wach, somente se terá exercido ação na hipótese em que se obter uma sentença de procedência dos pedidos; ou seja, o direito de ação decorre da violação ou ameaça ao direito material, sem as quais não há direito de ação e a sentença esta fadada à improcedência (SILVA; GOMES, 2006, p. 104).

No entanto, se o direito de ação somente pode ser exercido na hipótese de procedência dos pedidos, em verdade, o que a teoria da ação como direito autônomo e concreto propugnava era que a ação somente poderia ser exercida caso fossem preenchidas algumas condições para tanto, são elas: interesse de agir, consubstanciado na efetiva



existência de um direito violado ou ameaçado de violação; legitimação do autor, pois esse direito violado deveria ser de titularidade daquele que o postulava em juízo; e a possibilidade jurídica do pedido, pois o que era requerido na demanda deveria estar previsto no ordenamento (SILVA; GOMES, 2006, p. 104).

Da teoria concreta do direito de ação, portanto, é fácil perceber que surge o embrião da teoria eclética do direito de ação, cuja autoria é atribuída a Enrico Tullio Liebman, processualista italiano que influenciou sobremaneira a doutrina processual brasileira e o Código de Processo Civil de 1973, fundando a Escola de São Paulo de Direito Processual (SILVA; GOMES, 2006, p. 104-114).

De acordo com a teoria eclética, o direito de ação em total abstração é de natureza constitucional e significa apenas um pressuposto para o exercício do direito de ação em sua faceta processual, sendo essa a única relevante para o estudo do processo. Nesse sentido, a jurisdição somente seria prestada à parte na ocasião em que fosse prolatada uma decisão de mérito, seja de procedência ou de improcedência (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 271).

Dessarte, a ação, no seu sentido processual, é conceituada como o direito que a parte tem de obter uma sentença de mérito ao final do processo, o que somente é possibilitado quando todas as condições da ação forem preenchidas (interesse de agir, legitimidade das partes e possibilidade jurídica do pedido) (WAMBIER, ALMEIDA, TALAMINI, 2007, p. 124).

Embora a visível influência no CPC/1973 (art. 3º e art. 267, inc. VI)<sup>9</sup>, a teoria eclética da ação não passa incólume às críticas da doutrina. Isso porque não conseguiu demonstrar a contento a natureza jurídica da sentença que extingue o feito sem julgamento do mérito. Para tanto, propõe aos casos de carência de ação uma espécie de ação lastreada apenas na Constituição, sem relevância para a Ciência Processual, reduzindo a previsão constitucional a simples pressuposto da ação processual (MARINONI, 2010, p. 183-184).

Ademais, a teoria eclética não leva em consideração que as condições da ação, exceto quando exercido juízo meramente hipotético, tratam da relação de direito material, o

---

<sup>9</sup> Art. 3º Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.

Art. 267 Extingue-se o processo, sem resolução do mérito:

[...]

VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

que enseje uma decisão que não se limita à admissibilidade da ação, mas julga o mérito (SILVA; GOMES, 2006, p. 119).

Com base nessas premissas, Ovídio Baptista e Fábio Luiz Gomes (2006, p. 119) trazem pertinente crítica à teoria eclética, pois incorre em “[...] um duplo equívoco, portanto: primeiro não se procede à aferição das condições da ação com raciocínio hipotético; segundo, inflete-se na relação de direito material e se produz um julgamento de carência!”.

Por tais razões, Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 185) alega que as condições da ação tratam da garantia ao desenvolvimento útil do processo, mas não à existência da ação, vinculando-se ao princípio da economia processual, possibilitando que o juiz, de frente a uma demanda fadada à improcedência, se abstenha de instruir e sanear o processo, o que lhe tomaria tempo precioso, e julgue imediatamente o feito, extinguindo-o por carência de ação.

Por vértice oposto, no entanto, surge a teoria autônoma e abstrata, criada simultaneamente por Degenkolb e Plósz, na qual o direito de ação traduz um direito subjetivo público, exercido em face do Estado, que sob nenhum aspecto se relaciona com o direito material postulado (SILVA; GOMES, 2006, p. 109).

Segundo essa doutrina, ainda que temerário, o exercício do direito de ação demandará do estado uma resposta (jurisdição), mesmo que apenas declare a inexistência do direito material postulado (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 270).

À vista desse breve exposto, a doutrina processual contemporânea tende à aceitação da teoria autônoma e abstrata do direito de ação (TESHEINER, [data], p. 21), de forma que esse direito público e abstrato surge em decorrência lógica da vedação à autotutela e do monopólio estatal quanto à resolução dos conflitos. Ou seja, na ocorrência de um conflito de interesses, é defeso ao particular buscar o que se pretende pelas próprias mãos, salvo raríssimas exceções, de modo que lhe cabe agir perante o Estado-juiz, requerendo desse a prestação jurisdicional, dada por meio do processo (SANTOS, 1981, p. 160).

Desse modo, o direito de ação é garantido constitucionalmente àquele que se afirme titular de um direito lesado ou sob ameaça de lesão, consoante o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, inc. XXXV, da CRFB/1988), cabendo-lhe a provocação do Estado-juiz, retirando-o de seu estado natural de inércia (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2007, p. 125).

Nesses termos, Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 209) ensina que

O direito de ação é um direito fundamental processual, e não um direito fundamental material [...] Portanto, ele pode ser dito o mais fundamental de todos os direitos, já que imprescindível à efetiva concreção de todos eles.

Segundo Moacyr Amaral dos Santos (1981, p. 162),

A ação, em suma, é um direito subjetivo público, distinto do direito subjetivo privado invocado, ao qual não pressupõe necessariamente, e, pois, neste sentido, abstrato; genérico, porque não varia, é sempre o mesmo; tem por sujeito passivo o Estado, do qual visa a prestação jurisdicional num caso concreto. É o direito de pedir ao Estado a prestação de sua atividade jurisdicional num caso concreto. Ou, simplesmente, o direito de invocar o exercício da função jurisdicional.

No mesmo norte, na lição de Wambier, Almeida e Talamine (2010, p. 125), se pode “[...] conceituar o direito de ação como o direito público, subjetivo e abstrato, de natureza constitucional, regulado pelo Código de Processo Civil, de pedir ao Estado-juiz o exercício da atividade jurisdicional no sentido de solucionar determinada lide.”.

Não destoia a lição de Humberto Theodoro Júnior (2012, p. 69), na qual o cidadão tem a “faculdade de obter a tutela para os próprios direitos ou interesses, quando lesados ou ameaçados, ou para obter a definição das situações jurídicas controvertidas. É o direito de ação, de natureza pública, por referir-se a uma atividade pública, oficial, do Estado.”.

Conforme Fredie Didier Jr (2012a, p. 208), “o direito de ação é uma situação jurídica constitucional que confere ao seu titular um direito a um processo devido (adequado, tempestivo, efetivo e leal), em que se respeitem todas as garantias processuais [...]”.

Na mesma toada, não se pode deixar de citar a doutrina de Cintra, Grinover e Dinamarco (2009, p. 267, grifo do autor), os quais definem a ação como “o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou o *poder* de exigir esse exercício). Mediante o exercício da ação provoca-se a jurisdição, que por sua vez se exerce através daquele complexo de atos que é o processo.”.

Tratando da ação em seu sentido processual, Ovídio Baptista Silva e Fábio Luiz Gomes (2006, p. 134) defendem que “[...] corresponde ao agir, à atitude tomada perante o Estado por aquele que antes pretendeu, mas agora se torna autor, justamente por haver agido. [...]”.

Importa distinguir, ainda, o direito de ação – direito subjetivo a disposição do jurisdicionado em virtude da vedação à autotutela – da ação propriamente dita – ato jurídico pelo qual se coloca em exercício o direito de ação, posto que institutos distintos e inconfundíveis (SILVA; GOMES, 2006, p. 94).

Em síntese do que foi trazido pela doutrina, inobstante qualquer divergência remanescente, pode-se falar que a ação processual<sup>10</sup> é o ato jurídico pelo qual se exerce o direito de ação, esse um direito subjetivo, abstrato e fundamental, de caráter público, direcionado ao Estado-juiz, por intermédio do qual se requer a prestação da jurisdição, visto que, em regra, é vedada a autotutela.

Portanto, em análise perfunctória, não se poderia mais aceitar o entendimento de Câmara Leal (1982, p. 30), segundo o qual a prescrição determinaria a extinção da ação judicial. Na moderna processualística, a ação é autônoma, cabendo ao juiz exercer a jurisdição e dizer o direito a ser aplicado no caso de sua carência, ou seja, que o autor não é titular do direito perseguido, extinguindo o processo quando totalmente infundada sua pretensão.

Entretanto, se apreciado de maneira responsável, não é viável a imputação de erro ao clássico pensamento de Câmara Leal, autor que abrilhantou a doutrina com monografia percuciente sobre o tema, visto que: a) a doutrina brasileira, até o primeiro quarto do século XX, ainda não tinha tomado conhecimento das teorias abstratas da ação (SILVA; GOMES, 2006, p. 101); b) Câmara Leal trata da prescrição com base no Direito Romano, no qual a ação seria “o próprio direito reagindo a uma violação” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 268); e c) analisando-se evolutivamente o instituto da ação Romana, trazendo-o para a moderna concepção do Direito Processual autônomo ao Direito Material, não se pode concebê-lo como a atual ação processual, mas sim como pretensão, nos moldes da interpretação feita por Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 162) acerca do brocado romano “*actio autem nihil aliud est quam ius persequendi in iudicio quod sibi debetur*”, segundo o qual a ação “nada mais era [*nihil aliud est*] do que o direito de perseguir o direito por intermédio do juiz.”.

Ademais, não se pode olvidar que a ação romana era uma concessão dada pelo pretor ao sujeito para o fim de que seu direito pudesse ser exercitado na via judicial, para aí, então, ser verificado ou não a sua procedência no decorrer do processo. (KASER, 1999, p. 57) Modernamente, essa prévia autorização, que antes era concedida pelo pretor na forma de

---

<sup>10</sup> Fala-se apenas em ação processual em respeito aos limites do presente trabalho, nada obstante a pertinente, mas ainda não pacificada, questão sobre a ação material, a qual nasceria com a pretensão resistida e daria ensejo à ação do resistido em busca da tutela de seu direito. Sobre o tema, em posicionamento favorável: ver MITIDIERO, Daniel Francisco. *Polêmica sobre a teoria dualista da ação (ação de direito material - "ação" processual): uma resposta a Guilherme Rizzo Amaral*. *Gênesis* -: Revista De Direito Processual Civil, Curitiba, v. 9, n. 34, p.690-696, Out/Dez. 2004; e SILVA, Ovídio A. Baptista; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 133. Em vértice oposto, defendendo que após o monopólio jurisdicional a tutela do direito é feita pela ação processual, ver AMARAL, Guilherme Rizzo. A polêmica em torno da "ação de direito material". *Gênesis* -: revista de direito processual civil, Curitiba, v. 9, n. 33, p.533-547, Jul/Set. 2004, p. 546-547.

*actio*, é previamente garantida constitucionalmente pelo princípio da inafastabilidade do poder judiciário (art. 5º, inc. XXXV, da CRFB/1988), cabendo àquele que se sentiu lesado apresentar a sua ação processual perante o órgão judiciário.

Dando guarida a essa interpretação evolutiva do direito de ação romana e à coerência do pensamento de Câmara Leal, traz-se a lume o entendimento de Bernhard Windscheid, citado por Marinoni (2010, p. 164), segundo o qual “*para caracterizar esto en forma breve, podemos decir atinadamente que actio es el vocablo para desinar la pretensión*”.

Nessa senda, embora a doutrina clássica ainda se refira à prescrição como fenômeno extintivo da ação, o CC/2002, editado em consonância ao direito de ação processual abstrato e autônomo, consolidou o entendimento no sentido de que o objeto de incidência da prescrição é a pretensão, tal como determina claramente o seu art.189, *in verbis*: “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.”

Portanto, ao tratar da prescrição, Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 576) ensina que, evitando qualquer polêmica, o CC/2002 “adotou o vocábulo ‘pretensão’ (*anspruch*), para indicar que não se trata do direito subjetivo público abstrato de ação. [...]”, de modo que não cabe mais dúvida quanto a esse tema.

Em confirmação ao exposto, segue a doutrina de Maria Helena Diniz (2011, p. 427), segundo a qual “a prescrição tem por objeto a pretensão à prestação devida em virtude de um descumprimento legal ou obrigacional [...]”.

Em arremate, traz-se a doutrina precisa de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 620), que ratifica o que se expôs:

O direito constitucional de ação, ou seja, o direito de pedir ao Estado um provimento jurisdicional que ponha fim ao litígio, é sempre público, abstrato, de natureza essencialmente processual e indisponível. Não importando se o autor possui ou não razão, isto é, se detém ou não o direito subjetivo que alega ter, a ordem jurídica sempre lhe conferirá o legítimo direito de ação, e terá, à luz do princípio da inafastabilidade, inviolável direito a uma sentença. Por isso, não se pode dizer que a prescrição ataca a ação! Ocorre que, na época da elaboração do Código Civil de 1916, e mesmo antes, considerava-se, ainda com fulcro na superada teoria imanentista do Direito Romano, que a ação judicial nada mais era do que o próprio direito subjetivo, lesado, em movimento. Por essa razão, incrementada pelo pouco desenvolvimento do Direito Processual Civil, não se visualizava a nítida distinção entre o direito de ação em si (de pedir do Estado o provimento jurisdicional) e o próprio direito material violado. Ora, se a ação e o direito material eram faces da mesma moeda, explicava-se porque a prescrição extintiva atacava o direito de ação e, indiretamente, o próprio direito material violado, que permaneceria inerte, despojado de sua capacidade defensiva... Todavia, consoante já se demonstrou, a

prescrição não atinge o direito de ação — que sempre existirá —, mas, sim, a pretensão que surge do direito material violado.

Assentado, portanto, que a prescrição atinge a pretensão, e não a ação (direito público autônomo e abstrato), perfeitamente pertinente uma breve apreciação do que se entende por pretensão. Para tanto, pede-se vênica para transcrever a autorizada e ainda atualizada doutrina de Pontes de Miranda (1955a, p. 451-452):

Pretensão é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa. [...] O correlato da pretensão é um dever “premível” do destinatário dela, talvez obrigação (no senso estrito), sempre obrigação (no sentido largo). Ao “posso” do titular da pretensão corresponde o “ser obrigado” do destinatário. [...] Pretensão é, pois, a tensão para algum ato ou omissão dirigida a alguém. [...] Na pretensão, o direito tende para diante de si, dirigindo-se para que alguém cumpra o dever jurídico.

A pretensão, portanto, diferencia-se do respectivo direito subjetivo, entendido como uma posição favorável em determinada relação jurídica em decorrência da subsunção do caso concreto à norma objetiva. O traço distintivo entre direito subjetivo e pretensão reside na possibilidade de exigência característica apenas desta, enquanto que aquele é absolutamente inerte, cabendo a saída de seu estado de hibernação a partir do momento do ato ilícito (violação do direito), com a exigência de seu cumprimento (pretensão) (SILVA; GOMES, 2006, p. 132).

A distinção, embora menos evidente no caso de ilícitos extracontratuais, posto que o surgimento do direito subjetivo e da pretensão ocorre simultaneamente, fica bastante visível nos casos de obrigações contratuais. Nesse sentido, com a celebração do contrato, surge para ambas as partes um plexo de direitos subjetivos, ainda inertes em vista do não implemento de eventuais condições. Na medida em que as condicionantes contratuais vão se confirmando (findo o prazo estipulado, por exemplo), caso a obrigação não tenha sido cumprida espontaneamente, surge ao credor a pretensão de exigir do devedor o adimplemento contratual (SILVA; GOMES, 2006, p. 132-133).

A pretensão, portanto, para ser satisfeita, depende da manifestação de vontade do devedor após ser premido (SILVA; GOMES, 2006, p. 133). No entanto, se mesmo exercida a pretensão (leia-se: exigido o direito) o credor ainda não obtiver o que lhe é de direito (direito subjetivo) – ou seja, se resistida a pretensão – surge a lide, que na clássica definição de Francesco Carnelutti (1942, p. 32) significa o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, cabendo ao interessado, diante do monopólio da jurisdição, exercer o seu direito de ação processual e requerer a prestação jurisdicional do Estado.

Nessa toada, segue a lição de Caio Mário da Silva Pereira (2010, p. 584, grifo do autor)

[...] O titular de um direito subjetivo recebe da ordem jurídica o poder de exercê-lo, e normalmente o exerce, sem obstáculos ou oposições de quem quer. Se, entretanto, um dado momento, ocorre a sua *violação* por outrem, nasce para o titular uma *pretensão* exigível judicialmente – *Anspruch*. O sujeito não conserva indefinidamente a faculdade de intentar um procedimento judicial defensivo de seu direito. A lei, ao mesmo tempo em que o reconhece, estabelece que a *pretensão* deve ser exigida em determinado prazo, sob pena de perecer. [...].

Diante disso, à luz do que dispôs o art. 186 do CC/2002,<sup>11</sup> ocorrendo um ilícito, seja ele contratual ou extracontratual, nasce a pretensão (possibilidade de exigir de outrem uma prestação), a qual tem um prazo estabelecido para ser exercida, sob pena de prescrição.

Portanto, no caso de inércia do sujeito pretensamente lesado, a eventual indenização pelo dano ocorrido fica a mercê da boa vontade de seu devedor, posto que seu direito subjetivo carece de exigibilidade, ou seja, extinguiu-se a pretensão do lesado em virtude da prescrição.

### 2.2.2 Conceito de Prescrição e os Direitos Prestacionais

A prescrição, portanto, é o fenômeno jurídico pelo qual se extingue a exigibilidade de uma prestação positiva ou negativa (pretensão) em virtude do decurso do tempo e da inércia de seu titular (PEREIRA, 2010, p. 584).

De forma objetiva e precisa, ensina o civilista Daniel Eduardo Carnacchioni (2013, p. 761) que “a prescrição é a perda de uma pretensão pelo fato do titular não exercer o poder de exigibilidade em decorrência do direito violado, nos prazos previstos nos art. 205 e 206 do CC. É a prescrição da pretensão.”.

Ademais, segundo Pontes de Miranda (1955b, p. 100-102),

[...] prescrição é a exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação. [...] A prescrição não atinge, de regra, sòmente [sic] a ação; atinge a pretensão, cobrindo a eficácia da pretensão e, pois, do direito, quer quanto à ação, quer quanto ao exercício do direito mediante cobrança direta [...] ou outra manifestação pretensional.

Diz-se, portanto, exceção, pois em condições normais, a pretensão deduzida em júízo deveria ser acolhida; por exemplo, aquele que causa dano tem o dever de indenizar (art.

<sup>11</sup> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

927 do CC/2002)<sup>12</sup>, mas tal pretensão não é acolhida em decorrência da exceção advinda do decurso do tempo e da inércia do sujeito lesado.

Nesse sentido, resgata-se da doutrina de Pontes de Miranda (1955b, p. 104) que “a expressão moderna, técnica, ‘prescrição’ corresponde à *praescriptio temporis, temporalis praescriptio*, isto é, exceção de tempo”.

Seguindo, tem-se que o fato jurídico que inicia a contagem do prazo prescricional, em respeito às tradições do Direito Romano, é a possibilidade de exercício da *actio*, o que ficou conhecido como *actio nata* (VENOSA, 2009, p. 568). Nesse sentido, segundo Câmara Leal (1982, p. 11), “assim como a morte humana é um processo lento que se inicia com o começo da vida [...], assim a prescrição, que é a morte da ação, se inicia com o nascimento desta. [...]”.

No entanto, na atual concepção da *actio* romana e da ação como direito abstrato e autônomo, tal como visto supra, a contagem do prazo prescricional inicia-se com a possibilidade de exigência do direito subjetivo (nascimento da pretensão), ou seja, com a violação do direito, tal como dispõe o art. 189 do CC/2002.<sup>13</sup>

Entretanto, nem todos os direitos subjetivos são objetos em potencial da prescrição. Nessa senda, Pontes de Miranda (1955a, p. 232) já ensinava que “todo direito subjetivo, como produto da incidência de regra jurídica, é *limitação* à esfera de atividade de outro, ou de outros possíveis sujeitos de direito (= outras pessoas).”. Assim, Direito Subjetivo é gênero, cabendo discriminar, portanto, quais os tipos de “limitação” que ele aplica, para fim de se extrair suas espécies.

No mesmo sentido, Agnelo Amorim Filho (1966, p. 27) define Direito Subjetivo como “um poder conferido pelo direito positivo a determinada pessoa, para a proteção de um interesse individual e cujo exercício se reflete sobre outra ou outras pessoas, independente da vontade destas.”.

Segue o autor, agora detido à característica dos Direitos Subjetivos que determina a sua espécie, dizendo que “[...] direito subjetivo é sempre um poder exercitável contra pessoas, seja para obter destas o cumprimento de um dever, seja para sujeitá-las à criação, modificação ou extinção de uma relação jurídica [...]” (AMORIM FILHO, 1966, p. 27).

---

<sup>12</sup> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

<sup>13</sup> Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.



Diante dessas constatações, inegável que a antiga classificação das ações em reais (*in rem*) e pessoais (*in personam*), formulada pelo Direito Romano como um Sistema de Ações e não de Direitos, não é mais apta a sistematizar, na sua atual concepção, o gênero dos Direitos Subjetivos. Isso porque mesmo no período romano já existiam ações que não apresentavam as características da *actio in rem* ou da *actio in personam*, em decorrência da sua fórmula coerentemente carecer da fase da *condemnatio*, pois o que se pretendia não era uma prestação positiva ou negativa a se impor ao réu (AMORIM FILHO, 1966, p. 23).

Por tal razão, Chioseppe Chiovenda (1998, p. 26) propôs uma nova classificação para os Direitos Subjetivos, baseada no reflexo de seu exercício para o sujeito passivo, na qual se pode dividi-los em duas categorias: “direitos tendentes a um bem da vida a conseguir-se, antes de tudo, mediante a prestação positiva ou negativa de outros (direitos a uma prestação); [e] direitos tendentes à modificação do estado jurídico existente (direitos potestativos).”.

Assim, Direito Subjetivo é gênero de poder jurídico (direito subjetivo em sentido amplo) que abarca tanto os direitos a uma prestação (direitos subjetivos em sentido estrito) quanto os direitos potestativos. Esse é o entendimento de Fredie Didier Jr. (2012b, p. 44), que ao referir-se à primeira categoria, define que

[...] direito a uma prestação é a situação jurídica, conferida a alguém, de exigir de outrem o cumprimento de uma prestação (conduta), que pode ser um fazer, um não fazer, ou um dar – prestação essa que se divide em dar dinheiro e dar coisa distinta de dinheiro.

Diante disso, conclui-se que apenas os direitos a uma prestação sofrem os efeitos indiretos da prescrição. Essa conclusão é de fácil percepção quando se analisa o objeto de incidência da prescrição e o fato jurídico que lhe dá início. Explica-se: se o prazo prescricional se inicia com a violação de um direito, fazendo nascer a pretensão (art. 189 do CC/2002), é de clareza solar que o objeto de incidência da prescrição é a pretensão. Pois bem, se a pretensão, segundo a definição já trazida de Pontes de Miranda, é a exigibilidade de uma prestação positiva ou negativa, por raciocínio silogístico se deduz que a prescrição apenas se refere a direitos que exigem uma prestação, pois sem prestação não há que se falar em pretensão, e sem pretensão não há objeto para que incida a prescrição.

No mesmo norte são os apontamentos de Agnelo Amorim Filho (1997, p. 735-736, grifo do autor), segundo o qual

[...] fixada a noção de que a violação do direito e o início do prazo prescricional são fatos correlatos, que se correspondem como causa e efeito, e articulando-se tal noção com aquela classificação dos direitos formulada por Chiovenda, concluir-se-á, fácil e irretorquivelmente [sic], que só os direitos da primeira categoria (isto é, os *direitos*

a uma prestação), conduzem à prescrição, pois somente eles [sic] são suscetíveis de lesão ou de violação [...].

Ademais, em reforço a essa conclusão, é inegável que somente os direitos a uma prestação são passíveis de serem lesionados, posto que somente esses visam recompor o estado das coisas, ou seja, retornar ao *status quo ante* por intermédio de uma prestação do agente lesivo. Nesse sentido, Chiovenda (1998, p. 36) é explícito em afirmar, como não poderia deixar de ser, que

Ao aludirmos à lesão dos direitos, tivemos presentes exclusivamente os direitos a uma prestação; o isso porque só estes podem ser lesados. Os direitos potestativos, por sua própria natureza, já que não se dirigem contra uma obrigação, mas se exaurem no poder jurídico de produzir um efeito jurídico, e se exercitam com uma simples declaração de vontade, com ou sem o concurso da sentença judicial, não podem ser lesados por ninguém.

No mesmo sentido, portanto, cabe uma segunda conclusão em decorrência da primeira: se somente os direitos a uma prestação são afetados pela prescrição, e esses direitos são tutelados por meio da ação condenatória, na qual o autor requer a condenação do réu para que esse providencie a prestação devida de fazer ou não fazer; por conseguinte, somente nessas ações é que a prescrição poderá incidir (AMORIM FILHO, 1997, p. 736).

Assim, seja por alegação da parte interessada, seja por declaração de ofício da autoridade julgadora, em ambos os casos em qualquer grau de jurisdição – pois matéria de ordem pública, nos moldes da nova redação dada ao § 5º do art. 219 do CPC/1973<sup>14</sup>, que revogou o art. 194 do CC/2002 –, poderá ser aventada a prescrição da pretensão.

Em síntese, portanto, a prescrição é um instituto de direito material, de ordem pública, que extingue a exigibilidade (pretensão) de um direito subjetivo a uma prestação (direito prestacional), somente veiculada nas ações condenatórias, podendo ser alegada pela parte interessada ou de ofício pela autoridade julgadora em qualquer grau de jurisdição.

## 2.3 SOBRE A DECADÊNCIA E OS DIREITOS POTESTATIVOS

Segundo Câmara Leal (1982, p. 99), o termo decadência tem raiz etimológica no verbo latino *cadere* (cair) e, no vernáculo, é formado conjugando-se com o prefixo latino *de*

<sup>14</sup> Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição. [...]

§ 5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.

(de cima de) e o sufixo *ência* (que denota ação ou estado). Semanticamente, portanto, decadência significa a “ação de cair ou o estado daquilo que caiu.”.

Em virtude da similitude dos objetivos, é notória a dificuldade ainda presente no mundo jurídico acerca da distinção entre prescrição e decadência. Muita dessa dificuldade, no entanto, é proveniente da atecnia dos legisladores, fazendo com que o hermeneuta interprete o enunciado normativo em descompasso com sua literalidade, a fim de não permitir que um prazo evidentemente decadencial seja tratado como prescricional, ou vice-versa (AMORIM FILHO, 1997, p. 726).

Contudo, com base na classificação dos direitos subjetivos supracitada, proposta por Chiovenda, tal dificuldade aos poucos vai sendo mitigada, oportunizando um critério confiável para diferenciar a prescrição da decadência.

### **2.3.1 Conceito de Decadência e os dos Direitos Potestativos**

Direito, na concepção pertinente e atual de Pontes de Miranda (1955a, p. 226), “é a vantagem que veio a alguém, com a incidência da regra jurídica em algum suporte fático [...]”. Ou ainda, “é a permissão de se adentrar na esfera jurídica de determinada pessoa (no caso dos direitos relativos), ou de pessoas indeterminadas (no caso dos direitos absolutos)” (PONTES DE MIRANDA, 1955a, p. 245).

Desse modo, seguindo com Pontes de Miranda (1955a, p. 241), “o direito subjetivo não é só o que é dotado de pretensão a que algo se ponha de lado, ou exclua, ou se desfaça a contrariedade a direito”.

Assim, se por um lado existem direitos a uma prestação, nos quais a “permissão de entrada” ou a “posição de vantagem” é feita pela possibilidade de se compelir outrem a cumprir uma prestação; por outro, tem-se os direitos potestativos, nos quais a vantagem significa o “[...] estado de sujeição que o seu exercício cria para outra ou outras pessoas, independente da vontade destas últimas, ou mesmo contra sua vontade [...]” (AMORIM FILHO, 1997, p. 729).

Direitos potestativos, portanto, são situações de poder conferidas a determinada pessoa para que essa, através de sua manifestação de vontade, possa influir na condição jurídica alheia, sem a necessidade da anuência do seu sujeito passivo, ou até contra a sua

vontade, com o fim tanto de cessar quanto de produzir ou modificar um direito ou estado jurídico existente (CHIOVENDA, 1998, p. 36).

Logo, não há como confundi-los com meras faculdades albergadas pelo ordenamento jurídico, pois, no exercício do direito potestativo, o patrimônio jurídico de terceiro é afetado independente de sua anuência ou até em contrário ao seu interesse, como no caso do direito de retrovenda (art. 505 do CC/2002). Por outro lado, no caso de meras faculdades, a vontade alheia somente atingirá o patrimônio jurídico de outrem caso haja a aquiescência para tanto, como na faculdade de se propor a alienação de uma propriedade (AMORIM FILHO, 1997, p. 730).

Nesses moldes, um direito potestativo pode ser exercitado de três formas distintas. Na primeira categoria inserem-se os direitos potestativos exercitáveis pela manifestação inequívoca da vontade de seu titular, tal como na revogação de um mandato (art. 682, I, do CC/2002)<sup>15</sup>. Também pode ocorrer do seu exercício demandar a chancela jurisdicional em virtude da discordância do sujeito passivo, como acontece na divisão contenciosa de condomínio (art. 1.320 do CC/2002)<sup>16</sup>. Por fim, ainda existem alguns direitos potestativos que somente poderão ser exercidos por intermédio de medida judicial, como no caso de anulação de casamento (art. 1.560 do CC/2002)<sup>17</sup> (AMORIM FILHO, 1997, p. 731).

Diante disso, sobre os direitos potestativos que necessitam da prestação jurisdicional – seja por expressa determinação legal, seja porque o sujeito passivo não aceitou a forma como a sujeição sofrida ocorreu –, Agnelo Amorim (1997, p. 732) ressalta que

[...] o respectivo autor não pleiteia do réu qualquer *prestação*, seja prestação de dar, de fazer, de não-fazer, de abster-se, ou de outra espécie. O a [sic] que êle [sic] visa com a propositura da ação é, apenas, criar, extinguir, ou modificar determinada situação jurídica [...] Assim, o réu da ação, embora não fique obrigado a uma prestação, sobre uma sujeição.

Dessarte, já se verifica que, se os direitos a uma prestação são exercidos em juízo por meio de uma ação condenatória, na qual a sentença determinará ao réu ação ou omissão (prestação), no caso dos direitos potestativos, caso seja necessária a prestação jurisdicional, a

<sup>15</sup> Art. 682. Cessa o mandato:

I – pela revogação ou pela renúncia;

[...]

<sup>16</sup> Art. 1.320. A todo tempo será lícito ao condômino exigir a divisão da coisa comum, respondendo o quinhão de cada um pela sua parte nas despesas da divisão.

<sup>17</sup> Art. 1.560. O prazo para ser intentada a ação de anulação do casamento, a contar da data da celebração, é de:

I – cento e oitenta dias, no caso do inciso IV do art. 1.550;

II – dois anos, se incompetente a autoridade celebrante;

III – três anos, nos casos dos incisos I a IV do art. 1.557;

IV – quatro anos, se houver coação.

medida a ser apresentada é uma ação constitutiva, na qual se pleiteia a criação, modificação ou extinção de um estado jurídico. (AMORIM FILHO, 1997, p. 732)

Com base nisso, os direitos potestativos conferem ao seu titular a atribuição de provocar efeitos jurídicos em situações específicas por intermédio de um ato de vontade, para o qual o sujeito passivo não pode se opor. Por tal razão, o exercício desse tipo de direito independe do comportamento da pessoa por ele atingida para se concretizar (direito sem prestação), visto que seu titular o exerce sozinho, ou por intermédio de medida judicial, se assim determinar a lei, sendo impossível a sua lesão ou violação (direito sem pretensão) (FARIA; ROSENVALD, 2010, p. 08).

Assim, embora os direitos potestativos não sejam suscetíveis se sofrerem os efeitos indiretos da prescrição – pois não podem ser violados porque desprovidos de prestação e, por consequência, de pretensão – é certo que o estado de sujeição por eles criado, mesmo sem o seu exercício, causa uma situação de intranquilidade, razão pela qual o ordenamento jurídico viu-se compelido a regular os efeitos do tempo também nos casos de alguns direitos potestativos, porém não quanto a todos. (AMORIM FILHO, 1997, p. 737)

Para tanto, tem-se a decadência, definida por Câmara Leal, (1982, p. 99) como “[...] a queda ou perecimento do direito pelo decurso do prazo fixado ao seu exercício, sem que seu titular o tivesse exercido.”. No mesmo sentido, colhe-se da doutrina de Maria Helena Diniz (2011, p. 450) que

A decadência é a extinção do direito pela inação de seu titular que deixa escoar o prazo legal ou voluntariamente fixado para seu exercício. [...] Se o titular do direito potestativo deixar de exercê-lo dentro do lapso de tempo estabelecido, legal ou convencionalmente, tem-se a decadência [...] A decadência dá-se quando um direito potestativo não é exercido extrajudicial ou judicialmente dentro do prazo. Supõe, a decadência, direito sem pretensão, pois a ele não se opõe um dever de quem quer que seja, mas uma sujeição de alguém. [...].

No mesmo norte, segue doutrina de Ada Pellegrini Grinover (2005, p. 58), na qual afirma que “[...] a prescrição atinge e se refere exclusivamente a provimentos que imponham um dever de prestar, isto é, provimentos de cunho condenatório; enquanto que a decadência está relacionada aos provimentos declaratórios e constitutivos.”.

À luz do exposto, tem-se que direito potestativo é a espécie de direito subjetivo – sem a correspondente prestação, portanto, inviolável – que concede ao seu titular o poder de sujeitar outrem à sua manifestação de vontade, atingindo-lhe a esfera jurídica sem que possa haver oposição, sendo exercitável na via judicial por intermédio de ação constitutiva, cujo fim

é criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica, nos casos em que a lei determinar ou quando negada a sujeição por aquele que deveria apenas aceitá-la.

No mesmo norte, a decadência é um instituto de direito material, de ordem pública, que significa o perecimento do direito de sujeitar outrem, independente de sua vontade (direito potestativo), em virtude da inércia do seu titular no período determinado pela lei (decadência legal) ou estipulado pelas partes (decadência convencional), cujo prazo não se impede, suspende ou interrompe, salvo estipulação em contrário, sendo somente veiculada nas ações constitutivas.

## 2.4 SOBRE AS AÇÕES PERPÉTUAS

A doutrina já há muito vem se debruçando sobre determinadas demandas que, em virtude de algumas peculiaridades, não sofrem os efeitos do tempo, seja direta ou indiretamente. Tal linha de pensamento foi chamada de teoria da imprescritibilidade, na qual eram estudadas as ações imprescritíveis, sendo certo que se admitia a carência de um critério mais objetivo para sua identificação, até então baseada em empirismo e casuística (LEAL, 1982, p. 37).

Primeiramente, para o fim de congruência com o até aqui exposto, cabe ressaltar que o termo “ação imprescritível” merece melhor formulação. Explica-se: comumente se usava o conceito de ação imprescritível para discriminar as ações que não sofrem os efeitos extintivos do tempo, seja direta ou indiretamente. Ou seja, chamava-se de ação imprescritível tanto a que veiculava em juízo um direito a uma prestação quanto a que deduzia um direito potestativo. Entretanto, consoante demonstrado supra, apenas o primeiro sofre os efeitos da prescrição. Assim, de modo a sanar essa primeira barreira terminológica, cunhou-se o termo “ação perpétua”, que, tal como no Direito Romano, são as ações não subordinadas a qualquer prazo extintivo, seja ele prescricional ou decadencial (AMORIM FILHO, 1997, p. 747).

Ademais, cumpre salientar que, como não é a ação que prescreve, mas sim a pretensão advinda da lesão de um direito a uma prestação, veiculada em juízo por meio de uma ação condenatória, faz-se oportuno tratar as ações condenatórias perpétuas como ações cuja pretensão é imprescritível.

Dito isso, volta-se às ações perpétuas. Conforme visto anteriormente, os direitos subjetivos sofrem os efeitos do tempo. Tal fato pode ocorrer de maneira indireta, como nos

direitos a uma prestação, que perdem a sua exigibilidade em decorrência da prescrição da pretensão; ou de maneira direta, como na extinção dos direitos potestativos em virtude da decadência.

No entanto, existe ainda outro tipo de demanda na qual o autor requer tão somente a declaração certa de determinado fato. Para tanto, apresenta em juízo uma ação declaratória, nos moldes do permissivo legal do art. 4º do CPC/1973, *in verbis*: “o interesse do autor pode limitar-se à declaração: I – da existência ou da inexistência de relação jurídica; II – da autenticidade ou falsidade de documento.”.

Na concepção de Chiovenda (1998, p. 260-261), a ação declaratória possibilita a mais autônoma e elevada função do processo, na qual o autor se satisfaz com a declaração de existência do seu direito (declaratória positiva) ou com a inexistência do direito de outrem (declaratória negativa). A prestação jurisdicional, nessa modalidade, tem a função de criar a certeza jurídica sobre determinado fato, mas não se propõe a qualquer modificação no contexto fático, nem para compelir a parte adversa a cumprir uma prestação, nem para sujeitá-la à criação, extinção ou modificação de sua situação jurídica.

Assim, se não é possível vincular a ação declaratória a um direito prestacional – pois não se requer através dela a condenação do sujeito passivo ao cumprimento de um fazer ou não fazer –, tampouco a um direito potestativo – pois também não se requer a criação, modificação ou extinção de uma situação jurídica –, a demanda de certeza jurídica, veiculada por meio da ação declaratória, não se sujeita a qualquer prazo extintivo, seja ele prescricional ou decadencial. A ação declaratória é, portanto, uma hipótese de ação perpétua (AMORIM FILHO, 1997, p. 748).

Ademais, carece de qualquer sentido a estipulação de prazo para o exercício da demanda declaratória, pois o fenômeno prescricional e decadencial tem como escopo a pacificação das relações sociais, que se abalam pela possibilidade de ingresso do titular do direito subjetivo na esfera jurídica de outrem. Portanto, tendo em vista que na ação declaratória não se espera qualquer mudança no mundo dos fatos, mas somente a certeza jurídica, a sua propositura ou não de nenhuma maneira turba a paz social, justificando a sua perpetuação (AMORIM FILHO, 1997, p. 741).

Por outro lado, no que tange aos direitos potestativos, veiculados por intermédio de ação constitutiva, cumpre frisar que a regra geral é a inesgotabilidade, pela qual os direitos

integram o patrimônio jurídico de seu titular e não se esgotam pela falta de seu exercício, consoante lição de Orlado Gomes (1997, p. 130).

Desse modo, a regra geral da decadência é a sua não incidência, perpetuando-se no tempo a possibilidade do exercício do direito potestativo, salvo quando houver prazo previsto em lei (decadência legal) ou em acordo de vontade das partes (decadência convencional) configurando exceção à regra da inesgotabilidade do direito (AMORIM FILHO, 1997, p. 747).

Em polo oposto, encontram-se os direitos a uma prestação ou prestaacionais, sujeitos indiretamente aos efeitos extintivos da prescrição, pois nesse caso, como ensina Maria Helena Diniz (2011, p. 447) “a prescritibilidade é a regra; a imprescritibilidade, a exceção.”. Por tal razão, dispõe o art. 205 do CC/2002 que “a prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.”.

Isso se dá porque a permanência perpétua da pretensão, independentemente do direito subjetivo violado, acarretaria uma situação de insegurança jurídica, competindo ao Estado a remoção dessa situação de desconforto social advinda da possibilidade de exigência do direito violado (LEAL, 1982, p. 16).

No entanto, essa situação antijurídica, ocasionada pela existência da pretensão, não acontece com a possibilidade de exercício de todos os direitos potestativos, mas tão somente com aqueles que o legislador entendeu que ultrapassam os limites subjetivos das partes envolvidas, para os quais se estipulou um prazo decadencial para o seu cumprimento.

Diante disso, pode-se concluir que: a) todas as demandas exclusivamente declaratórias, postas em juízo por intermédio de ação processual declaratória, são perpétuas, pois o que se requer é apenas a certeza jurídica de um fato e não o cumprimento de uma prestação ou a sujeição a um ato de vontade; b) do mesmo modo, também é perpétuo o exercício do direito potestativo, seja ele feito judicialmente, por meio de ação processual constitutiva, ou extrajudicialmente, pela simples manifestação da vontade, salvo quando haja estipulado pelo legislador ou pelas partes um prazo decadencial para tanto; c) e, por fim, as pretensões advindas da violação a um direito prestacional, veiculadas em juízo por meio de ação processual condenatória, em regra geral, são extintas pela prescrição, salvo nos raros casos em que inequívoca e expressamente o ordenamento jurídico determina a sua imprescritibilidade.



### **3 QUANTO À RECEPÇÃO DA PRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Diante da distinção entre prescrição e decadência, cabe agora delimitar qual o instituto que incide sobre o direito de se reaver os danos sofridos pelo patrimônio público. A identificação, no entanto, é de clareza solar, pois se o objetivo da ação de ressarcimento ao Erário é a condenação do réu ao cumprimento de determinada prestação (devolver aos cofres públicos o que ilicitamente incorporou ao seu patrimônio), trata-se de um direito prestacional, exercido por meio de ação processual condenatória, cuja pretensão deduzida em juízo sofre os efeitos extintivos da prescrição.

Entretanto, parte da doutrina e da jurisprudência entende que tal pretensão é imprescritível, consoante suposta literalidade do art. 37, § 5º, da CRFB/1988.

#### **3.1 DA PRESCRIÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO**

Dentre as peculiaridades do Direito Administrativo, a autotutela da Administração é, de fato, uma característica marcante para esse ramo jurídico (CARVALHO FILHO, 2011, p. 30). Assim, após a promulgação da CRFB/1988, para o exercício da autotutela administrativa, principalmente quando dela advier prejuízo ao administrado, não se dispensa a observância do devido processo legal, instaurando-se um procedimento em que é garantido às partes o contraditório e a ampla defesa; ou seja, tem-se um processo administrativo (JUSTEN FILHO, 2011, p. 1249).

Nesse caso, o processo administrativo é instaurado em virtude da possibilidade da Administração adentrar na esfera jurídica de seu administrado, sujeitando-o à sua vontade (direito potestativo), tendo como norte a indisponibilidade do interesse público.

Dessarte, o direito de exercitar a autotutela administrativa se sujeita aos efeitos da decadência, como dispõe o art. 54 da Lei 9.784/99: “o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em 5 (cinco) anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.” (MELLO, 2013, p. 1076-1077).

Na mesma toada, Weida Zancaner (2008, p. 98) defende que o regime de saneamento dos atos inválidos, em decorrência de eventual ilegalidade, inconveniência ou

inoportunidade, está atrelada ao instituto da decadência administrativa, em que pese a doutrina o utilize como prazo prescricional.

No entanto, no exercício da administração pública, poucos são os atos tomados de chofre, sem que haja a devida delimitação de seu conteúdo. Por tal razão, pode-se dizer que a administração pública e o processo administrativo são conceitos sinônimos (FERRAZ; DALLARI, 2001, p. 25). Assim, posto que indisponível o interesse público, o processo administrativo precedera não apenas o exercício da autotutela administrativa, mas a ampla maioria dos atos administrativos.

Com efeito, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari (2001, p. 25) definem o processo administrativo como um conjunto interligado de atos com o objetivo de fundamentar a manifestação da vontade da Administração, sendo variadas as possibilidades dessa manifestação, passando desde a expressão de uma política administrativa até a composição de um litígio.

Nessa toada, o processo administrativo não pressupõe o exercício do direito de ação, posto que sua razão de existir é a necessidade de se averiguar os limites “do direito material de titularidade das partes por meio de um procedimento norteado pela ampla defesa e pelo contraditório.” (JUSTEN FILHO, 2011, p. 1247).

Diante dessa constatação, Marçal Justen Filho (2011, p. 1247) entende ser incabível a tese da prescrição administrativa, como segue:

A eventual perda de direitos em virtude da ausência tempestiva do seu exercício no relacionamento direto entre Administração e particular *não* configura hipótese de prescrição. Assim se passa porque não se trata da ausência do direito de ação, mas do não exercício de direitos e poderes de direito material. Portanto, trata-se de hipótese de decadência, não de prescrição.

No entanto, com a devida vênia, disso não se retira a rejeição à possibilidade de prescrição administrativa. Isso porque, se o processo administrativo tem como função a delimitação do conteúdo do direito material, ou a fundamentação da vontade da Administração, matizando-se o princípio da indisponibilidade do interesse público, o decurso do tempo irá incidir de diferente maneira para cada tipo de direito, a saber: direitos a uma prestação poderão sofrer os efeitos indiretos da prescrição, enquanto que direitos potestativos poderão arcar com os efeitos da decadência, conforme exaustivamente demonstrado alhures.

Assim, no que tange aos direitos potestativos da Administração, dentre os quais a autotutela, perfeita a colocação: trata-se de hipótese de decadência, pois “[...] esse direito à invalidação não possui pretensão (jurídica) que lhe corresponda [...]” (FERRAZ, 2010, p. 10).

Por outro lado, no caso do poder punitivo da Administração, decorrido o prazo para o exercício da pretensão punitiva, estar-se-á diante de hipótese de prescrição administrativa. Sobre o tema, importa mencionar a lição de José dos Santos Carvalho Filho (2012, 957):

[...] Nesses casos, a Administração é dotada de pretensão punitiva, de modo que, transcorrido o prazo legal sem punição, sucederá a prescrição de referida pretensão. A rigor, é esta a única hipótese de prescrição administrativa, vez que ocorre a perda da ação punitiva no âmbito da própria Administração. [...].

No mesmo sentido, segue ensinamento de José Cretella Júnior (1981, p. 11):

Chama-se “prescrição”, no sentido técnico que lhe dá o Direito punitivo, Penal e Disciplinar, a extinção da iniciativa de punir, resultado da inércia, durante certo lapso de tempo, do Poder Público na perseguição da infração ou na execução da sanção. [...] a prescrição atinge o “ius puniendi” do Estado, antes da condenação, obstando o processo, ou depois da condenação, impedindo a execução da pena. Em ambas as hipóteses, ocorre a extinção da punibilidade do fato.

Assim, a remanescente discussão acerca da existência ou não da prescrição administrativa é estimulada pela insistência de parte da doutrina em atrelar a prescrição ao direito de ação, embora a evolução dos conceitos a ela afetos levem à conclusão de que a ação somente é atingida pelo fenômeno extintivo da prescrição de maneira indireta, posto que fulminada a exigibilidade do direito (pretensão).

Nessa senda, a prescrição poderá tornar-se empecilho para a Administração na concretização de seus direitos a uma prestação, para os quais a lei determina o prazo de exercício da pretensão administrativa. Sobre esses prazos, tem-se que o decurso de 5 anos é repetidamente trazido como tempo hábil para a exigência do direito prestacional, sendo constante no Direito Público a determinação desse prazo para a incidência da prescrição, tanto no caso da titularidade do direito pleiteado ser do particular quanto no caso da titularidade ser da Administração (MELLO, 2013, p. 1080).

A título de ilustração, colaciona-se, primeiramente, o prazo trazido pelo art. 1º do Decreto 20.910/1932, no qual as ações do administrado em face do poder público prescrevem em cinco anos. Sobre esse dispositivo, é bom ressaltar, a jurisprudência tem entendido que se refere apenas às ações pessoais, porquanto se admitir o prazo de 5 anos para as ações de cunho real seria consagrar uma espécie de usucapião não prevista em lei, nos moldes da Súmula 119 do STJ, segundo a qual “a ação de desapropriação indireta prescreve em vinte anos”, em consonância com o prazo para usucapião extraordinário previsto no art. 550 do CC/1916 (MELLO, 2013, p. 1064-1075).

Ainda quanto ao Decreto n.º 20.910/1932, é de se salientar que embora seu art. 10 determine a aplicação de prazos inferiores ao prazo genérico de cinco anos, dando ensejo à

aplicação do art. 206, § 3º, do CC/2002, não se pode conceber tal interpretação, posto que a diferença do sujeito titular do direito subjetivo não justifica a concessão de prazo distinto para pretensões análogas, de modo que ganha relevo a incidência do prazo geral de cinco anos. Esse é o entendimento de Marçal Justen Filho (2011, p. 1255), o qual vem sendo compartilhado pela jurisprudência do STJ, consoante se decidiu no Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial n.º 38.294/PR, de relatoria do Min. Humberto Martins, julgado em 07/03/2013.<sup>18</sup>

Continuando com os prazos prescricionais no Direito Administrativo, também é de cinco anos o prazo para o cidadão poder exercer a pretensão popular, por meio de ação popular, consoante art. 21 da Lei 4.717/1965. Ainda, é de cinco anos o prazo para se exercer a pretensão na ação de improbidade administrativa, nos termos do art. 23, inc, I, da Lei 8.429/1992. No mesmo sentido, é de cinco anos o prazo para a execução de crédito tributário, consoante dispõe o art. 174 do CTN. Quanto à pretensão indenizatória por danos causados por pessoa jurídica de Direito Público ou de Direito Privado prestadora de serviços públicos, essa também respeita o prazo prescricional de cinco anos, na dicção do art. 1º- C da Lei 9.494/97. Por fim, não destoa o prazo estabelecido para o exercício pela Administração Pública da pretensão punitiva no exercício de seu Poder de Polícia, o qual é de cinco anos, como informa o art. 1º da Lei 9.873/1999 (MELLO, 2013, p. 1073-1078).

Portanto, como se vê, tal como no Direito Privado, a regra geral é a prescritibilidade das pretensões, de modo que no caso de não haver dispositivo legal determinando o prazo para o exercício de determinada pretensão, incide o prazo geral do Direito Público, qual seja, 5 anos, tanto para a Administração quanto para o administrado exigir seu direito. Sobre o tema, vale a colação da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 1080, grifo do autor):

Isto posto, estamos em que, *faltando regra específica que disponha de modo diverso*, ressalvada a hipótese de comprovada má-fé em uma, outra ou em ambas as partes de relação jurídica que envolva atos ampliativos de direito dos administrados, o prazo para a Administração proceder judicialmente contra ele é, como regra, de cinco anos, quer se trate de atos nulos, que se trate de atos anuláveis.

Dessarte, em diversos momentos o ordenamento jurídico prevê prazos prescricionais para o exercício da pretensão, sendo que, na eventual falta de previsão específica, incide o prazo geral de prescrição no Direito Público, qual seja: cinco anos, com o

---

<sup>18</sup> Em sentido contrário, por seu turno, tem-se o Recurso Especial n.º 1.217.933/RS, cujo relator é o Min. Herman Benjamin, julgado em 22/03/2011.

fim de afastar a situação antijurídica que a possibilidade de exigência do direito traz e, por consequência, garantir a estabilidade e a segurança jurídica nas relações sociais.

### 3.2 DA IMPRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO – INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL FEITA POR PARTE DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA.

De maneira inovadora em relação às Constituições que a antecederam, a CRFB/1988 introduziu ao ordenamento constitucional um capítulo especialmente direcionado à Administração Pública, inserindo-o no importante título que define a organização do Estado, conforme se extrai dos comentários de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (1988, p. 01).

Inaugurando o referido capítulo, tem-se o art. 37, substancialmente modificado pela Emenda Constitucional n.º 19 e alterado em pontos específicos pelas Emendas Constitucionais n.ºs 20, 34, 41, 42 e 47. Em virtude de sua extensão, pede-se vênica para transcrever apenas o conteúdo pertinente à presente empreitada, como segue:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998.)

[...]

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

[...]

Segundo boa parte da doutrina, o constituinte albergou a tese da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao Erário, à luz do que dispõe o parágrafo quinto do dispositivo supracitado, em que pese sua má redação. Sobre o tema, socorre-se da lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1990, p. 260):

Parecem deduzir-se duas regras deste texto mal redigido. Uma, concernente à sanção pelo ilícito; outra, à reparação do prejuízo. Quanto ao primeiro, a norma “chove no molhado”: prevê que a lei fixe os respectivos prazos prescricionais. Quanto ao segundo, estabelece-se de forma tangente a imprescritibilidade das ações visando ao ressarcimento dos prejuízos causados.

No mesmo norte é a doutrina de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (1988, p. 167), segundo a qual “No que tange aos danos civis, o propósito do Texto é de tornar imprescritíveis as ações visando ao ressarcimento do dano causado.”.

Outro não é o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho (2011, p. 1014-1015), *in verbis*:

[...] a prescrição não atinge o direito das pessoas públicas (erário) de reivindicar o ressarcimento de danos que lhe foram causados por seus agentes. A ação, nessa hipótese, é imprescritível, como enuncia o art. 37, § 5º, da CF. Conquanto a imprescritibilidade seja objeto de intensas críticas, em função da permanente instabilidade das relações jurídicas, justifica-se sua adoção quando se trata de recompor o erário, relevante componente do patrimônio público e tesouro da própria sociedade.

Essa também é a interpretação feita por Yussef Said Cahali (2008, p. 298-299), como segue:

[...] As pretensões de ressarcimento do erário, que favorecem o Poder Público, sejam exercitáveis por ele próprio, pelo Ministério Público ou por qualquer outro co-legitimado à defesa dos direitos metaindividuais (v.g. ação civil pública, ação popular, ação de improbidade administrativa), são *perpétuas*, isto é, não são atingidas pela prescrição [...].

Nessa linha de pensamento, segue a doutrina de Maria Sylvia di Pietro (2011, p. 850):

[...] São, contudo, imprescritíveis as ações de ressarcimento por danos causados por agente público, seja ele servidor público ou não, conforme estabelece o art. 37, § 5º, da Constituição. Assim, ainda que para outros fins a ação de improbidade esteja prescrita, o mesmo não ocorrerá quanto ao ressarcimento dos danos.

Ainda sobre § 5º do art. 37 da CRFB/1988, vale a colação dos comentários de Pinto Ferreira (1989, p. 397):

As ações de ressarcimento e as ações de responsabilidade civil, contudo, são imprescritíveis. Não se submetem ao disposto no art. 177 do CC [1916], determinando que as ações pessoais prescrevem em vinte anos e as ações reais em dez anos. Não ocorrendo prescrição, o direito do Estado é permanente para reaver o que lhe for ilicitamente subtraído.

Na mesma toada, Wolgran Junqueira Ferreira (1989, p. 478) encampa a tese da imprescritibilidade:

Mas fica, desde já, constitucionalmente, estabelecido que as respectivas ações de ressarcimento serão imprescritíveis. Sempre poderá o Estado ter a pretensão e a ação de ressarcimento. Não segue o disposto no art. 177 do Código Civil que diz que prescrevem em vinte anos as ações pessoais e em dez as ações reais. Neste caso não haverá prescrição. O direito do Estado de reaver o que lhe foi subtraído é permanente.

A tese da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao Erário também é compartilhada por Hely Lopes Meirelles (2011, p. 790), o qual é sucinto em afirmar que “[...] a ação de ressarcimento do dano ao erário causado por atos ilícitos é imprescritível [...]”.

Por fim, ressalta-se a lição de Diogenes Gasparini (2011, p. 1132):

[...] o direito da Administração Pública de recompor seu patrimônio ofendido por comportamento culposos ou doloso de seus agentes, servidores ou não, não prescreve, conforme estabelece o § 5º do art. 37 da Constituição Federal, embora prescreva o ilícito que lhe tenha dado causa.

A jurisprudência, por seu turno, ainda vacila quanto à prescritibilidade ou não da pretensão de ressarcimento ao Erário. No entanto, cabe frisar que os julgados pela perpetuação da pretensão se limitam a trazer entendimento do STF, como se pacificado estivesse, sem a devida apreciação do tema, apesar das relevantes alegações contrárias.

Tal entendimento do pretório Excelso originou-se no MS n.º 26.210, julgado pelo pleno do STF em 04 de setembro de 2008, cuja relatoria coube ao Min. Ricardo Lewandowski. Segue ementa do citado aresto:

Mandado de Segurança. Tribunal de Contas da União. Bolsista do CNPQ. Descumprimento da obrigação de retornar ao país após término da concessão de bolsa para estudo no exterior. Ressarcimento ao erário. Inocorrência de prescrição. Denegação da segurança. I - O beneficiário de bolsa de estudos no exterior patrocinada pelo Poder Público, não pode alegar desconhecimento de obrigação constante no contrato por ele subscrito e nas normas do órgão provedor. II - Precedente: MS 24.519, Rel. Min. Eros Grau. III - Incidência, na espécie, do disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, no tocante à alegada prescrição. IV - Segurança denegada. (STF, MS n.º 26210, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/2008)

Ventilava-se, nesse remédio constitucional, o dever de ressarcimento ao Erário em virtude do descumprimento da obrigação de retorno ao país após a concessão de bolsa para doutoramento no exterior, decorridos mais de sete anos da conclusão e entrega de sua tese de doutorado.

Com base em suposta literalidade do art. 37, § 5º da CRFB/1998, o Min. Relator deu guarida à tese da imprescritibilidade das ações de ressarcimento, incluindo no rol de ações perpétuas todos os ilícitos que ocasionam dano ao Erário, e não somente aqueles oriundos de agentes públicos, alargando a incidência do dispositivo à luz do princípio da isonomia.

Por outro lado, em voto divergente, o Min. Marco Aurélio de Mello deu interpretação distinta à parte final do dispositivo constitucional sob comento, segundo a qual a pretensão de ressarcimento ao Erário dispensaria ulterior previsão legal, posto que abarcada pela regra geral das dívidas passivas da Fazenda, ou seja, cinco anos, em homenagem à

segurança jurídica nas relações. Outrossim, ressaltou-se, no voto divergente, a previsão explícita feita pelo constituinte para os casos de imprescritibilidade, não sendo o caso dos autos.

No mesmo julgamento, o Min. Cezar Peluso trouxe outra interpretação possível à parte final do art. 37, § 5º, da CRFB/1988. Segundo ele, apenas seriam imprescritíveis as pretensões de ressarcimento ao Erário oriundas de ilícitos de cunho criminal, afastando-se a perpetuação da pretensão quanto aos ilícitos administrativos e cíveis. Mesmo com essa interpretação, contudo, o Min. Cezar Peluso, negou a segurança no *writ*, tendo em vista a impossibilidade de se verificar o termo *a quo* do prazo prescricional, ainda que a exceção de prescrição pudesse ser aventada e acolhida em eventual ação de execução fiscal.

A partir desse precedente, os julgados do STF se inclinaram no sentido da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao Erário, fundamentando suas decisões em suposta jurisprudência pacificada na corte suprema. Nesse sentido: RE n.º 578.428/RS-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe 14.11.2011; RE n.º 646.741/RS-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe 22.10.2012; AI n.º 712.435/SP-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe 12.4.2012.

No mesmo prisma, o STJ também tem demonstrado seguir o que foi decidido pelo pleno do STF, consoante os seguintes arestos: REsp 1232548/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 17/09/2013; REsp 1347947/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 20/08/2013; REsp 1156519/RO, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 18/06/2013; REsp 1331203/DF, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, julgado em 21/03/2013.

No entanto, se por um lado admite-se a existência de julgados e posicionamentos doutrinários acerca da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao Erário; por outro, é certo que tais posicionamentos levam em consideração uma suposta literalidade do art. 37, § 5º, da CRFB/1988, longe de ser a única possível para tal redação, bem como se limitam, no mais das vezes, a seguir o que já foi decidido pelo Tribunal pleno da corte suprema brasileira, como se a jurisprudência estivesse totalmente pacificada, sem a análise detida sobre a questão, a despeito da divergência no próprio pleno e a crítica da doutrina (FORNACIARI JÚNIOR, 2005, p. 33).



### 3.3 DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO

Após a apresentação dos posicionamentos referentes à perpetuação da pretensão de ressarcimento ao Erário, faz-se necessário mencionar algumas questões trazidas por aqueles que defendem a tese da prescritibilidade de tal pretensão.

#### 3.3.1 Quanto à interpretação literal do art. 37, § 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Apesar de criticar a escolha do constituinte originário, os entendimentos que tendem a conceder caráter perpétuo à pretensão de ressarcimento ao Erário fundamentam-se em inafastável literalidade do art. 37, § 5º, da CRFB/1988. Essa é a lição de Uadi Lammêgo Bulos (2008, p. 680, grifo do autor), segundo o qual, quanto à reparação do prejuízo “[...] garantiu-se a *imprescritibilidade das ações* – medida considerada imprópria, mas que veio consagrada na Constituição de 1988.”.

Contudo, é certo que da péssima redação do dispositivo sob análise é plenamente possível a exegese segundo a qual a pretensão de ressarcimento ao Erário é prescritível. Para tanto, é pertinente a análise detida do artigo 37, § 5º, da CRFB/1988 em seus pormenores, para só então buscar-se o sentido do todo, tal como ensina Carlos Maximiliano (2006, p. 204).

Nesse sentido, Elody Nassar (2004, p. 184) divide o art. 37, § 5º, da CRFB/1988 em duas partes: a primeira trata da sanção do ato ilícito, a segunda relaciona-se com a reparação do prejuízo. Na mesma toada, Uadi Lammêgo Bulos (2008, p. 680) secciona o dispositivo constitucional no seguinte sentido: a primeira parcela versa sobre pretensão punitiva da Administração; a segunda trata da reparação de eventual dano causado.

De qualquer forma, em que pese sua total inutilidade, pois “de modo genérico, toda a lei que prevê infrações e sanções administrativas também estabelece um prazo para o efetivo sancionamento.” (JUSTEN FILHO, 2011, p. 1252), cabe extrair o sentido do enunciado constitucional à luz rigorosa da sintaxe e da semântica, pois se até, no momento, à interpretação literal.

Assim, parece tranquilo afirmar que na primeira parte do dispositivo o constituinte originário delegou ao legislador infraconstitucional (a lei) a função de estabelecer (estabelecerá) os prazos de prescrição para ilícitos administrativos (os prazos de prescrição

para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não) de ordem patrimonial (que causem prejuízo ao erário).<sup>19</sup>

Outro não o entendimento de Rita Tourinho (2007, p. 04) sobre o art. 37, § 5º, da CRFB/1988, segundo a qual a “primeira parte determina que a lei deverá fixar o prazo para o exercício da ação que vise responsabilizar os agentes públicos por atos que causem prejuízo ao erário.”.

Nessa toada, a fim de extirpar qualquer dúvida quanto aos sujeitos a que se refere a primeira parte do dispositivo constitucional em comento, não fosse bastante sua topografia (Título III – Da Organização do Estado. Capítulo VII – Da Administração Pública), traz-se à colação importante lição de Carlos Maximiliano (2006, p. 204), segundo a qual “Verba cum effectu, sunt accipienda: ‘não se presumem, na lei, palavras inúteis.’ Literalmente: ‘Devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia.’”.

Portanto, quando o constituinte fala em “agente”,<sup>20</sup> trata de agentes públicos administrativos, figura clássica do Direito Administrativo que, segundo lição de Hely Lopes Meirelles (2010, p. 453) é “categoria que abrange a grande massa de prestadores de serviço à Administração.”. Assim, o constituinte foi cauteloso, porém redundante, ao dizer: “[...] praticados por qualquer agente, servidor ou não [...]”. Ora, todo o servidor é um agente público, embora a recíproca não seja verdadeira. Na mesma senda, agente público é gênero no qual servidor é espécie, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 251).

Dessarte, à luz da literalidade do dispositivo constitucional sob comento, tem-se que todo o ilícito praticado por agente público – seja ele agente político, agente honorífico, servidor estatal (que abrange servidor público e servidor das pessoas governamentais de Direito Privado) ou particular em atuação colaboradora com o Poder Público, na célebre classificação de Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 251) – que cause dano ao Erário terá a sua prescrição estabelecida pela legislação infraconstitucional.

Nesse sentido, colaciona-se a lição de José Afonso da Silva (2012, p. 675), que embora seja adepto da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento, é pertinente:

[...] Não será, pois, de estranhar que ocorram *prescrições administrativas* sob vários aspectos, quer quanto às pretensões de interessados em face da Administração, quer quanto às desta em face de administrados. Assim é especialmente em relação aos

<sup>19</sup> Dentro dos parênteses encontra-se o texto constitucional.

<sup>20</sup> A propósito, em todas as oportunidades que o constituinte tratou o termo “agente” como pessoa física, o fez no sentido do gênero agente público, como se vê nos seguintes dispositivos: art. 5º, inc. LXIX; art. 37, inc. XI e §§ 5º e 6º; art. 141; art. 151, inc.II; art. 198, §§ 4º, 5º e 6º.

ilícitos administrativos. Se a administração não toma providência à sua apuração e à responsabilização do agente, a sua inércia gera a perda do seu *ius persequendi*. É o princípio que consta do art. 37, § 5º [...]

Portanto, não há margem semântica para negar que a primeira parte do dispositivo constitucional sob análise trata de ilícito perpetrado por agentes públicos. Mas o dispositivo diz mais: é ilícito de cunho patrimonial, posto que referente somente àqueles que causam dano ao erário.

Deduz-se isso porque o constituinte não falou em prejuízo à Administração – conceito amplo que, segundo Hely Lopes Meirelles (2011, p. 85), “[...] é a gestão de bens e interesses qualificados da comunidade no âmbito federal, estadual ou municipal, segundo os preceitos do Direito e da Moral, visando ao bem comum.” – tampouco falou em prejuízo ao Estado ou à República – conceitos também amplos que garantiriam toda a gama possível de espécies de ilícitos. Pelo contrário, o constituinte foi cristalino: “prejuízo ao erário”.

Erário, segundo De Plácito e Silva (2010, p. 543), “derivado do latim *aerarium*, é o vocábulo aplicado, segundo sua etimologia, para designar o *tesouro público*, ou seja, o conjunto de bens ou valores pertencentes ao Estado.”. Em seguida, continua o autor dizendo que, diferentemente de Fisco, que remete aos “encargos de arrecadação de tributos”, erário é “o conjunto de bens pertencentes ao Estado, representados em valores oriundos de impostos ou de qualquer outra natureza, significando, assim a *fortuna no Estado*.”.

Da mesma forma, tanto Ivan Horcaio (2008, p. 738) quanto Hamilton Fernando Castardo (2006, p. 92) tratam Erário como sinônimo de Tesouro Público, restando clara sua vinculação com o patrimônio público.

Nessa toada, Elody Nassar (2004, p. 185-186) defende que o art. 37, § 5º, da CRFB/1988 trata de “ações de ressarcimento decorrentes de *danos causados ao erário pela prática de ilícitos praticados por agentes públicos*.” Logo em seguida, o autor conclui o silogismo dizendo que “por esse critério, tornar-se-iam imprescritíveis todas as ações que tenham por fundamento danos materiais ao patrimônio público.”.

Assim, quando o constituinte determina ao legislador o estabelecimento de prazos para a prescrição de “ilícitos que tragam prejuízo ao Erário” (tesouro público, patrimônio público), é conclusão inarredável que trata da pretensão de ressarcimento aos cofres públicos, sobretudo quando se faz uma interpretação literal (método que tem fundamentado a tese da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao Erário).

Essa pretensão, via de regra, é veiculada em juízo por meio de uma ação processual de rito ordinário, que visa o ressarcimento pelo dano sofrido ao Erário, cuja legitimação ordinária é do próprio ente lesado. (DIDIER, 2012, p. 219)

No entanto, essa mesma pretensão de ressarcimento por danos que causam prejuízo ao Erário poderá ser veiculada em uma Ação Civil Pública, nos moldes do art. 1º, inc. IV,<sup>21</sup> da Lei 7.347/1985, cuja legitimação poderá ser tanto do ente lesado como do Ministério Público (legitimidade extraordinária), consoante o art. 5, inc. I, III e IV,<sup>22</sup> da referida lei. Além disso, tal pretensão de ressarcimento por danos causados ao Erário poderá ser objeto de Ação Popular, na qual é assegurado ao cidadão o direito de exigir a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, acarretando na condenação ao ressarcimento, caso procedente, nos moldes do art. 1º e art. 11 da Lei 4.717/1965.<sup>23</sup>

Com isso, tem-se que a pretensão a que faz alusão o constituinte na primeira metade do art. 37, § 5º, da CRFB/1988 é sempre a mesma (pretensão de ressarcimento), materializada no pedido de ressarcimento, pouco importando a ação processual na qual será aduzida. Ademais, eventual ação processual que veicule essa pretensão condenatória (de ressarcimento ao Erário) pode ou não vir cumulada com outro pedido de cunho condenatório, nos moldes do art. 37, § 4º, da CRFB/1988.<sup>24</sup> Sobre a cumulação de pedidos, importa a colação da doutrina de Cassio Scarpinella Bueno (2010, p. 412):

Como “ação” para este *Curso* [assim como também para o presente trabalho] deve ser compreendida como o direito subjetivo público de provocar a atuação do Estado-juiz e atuar ao longo do processo, não há sentido em aceitar que as ações sujam

<sup>21</sup> Art. 1º Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

[...]

IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo

<sup>22</sup> Art. 5 Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I – o Ministério Público;

[...]

III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

<sup>23</sup> Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

Art. 11. A sentença que, julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa.

<sup>24</sup> Art. 37, § 4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

“cumuláveis”, isto é, que sejam duas ou mais ações exercitadas ao mesmo tempo no sentido de o Estado-juiz ser provocado ao *mesmo* tempo para atuar em um mesmo caso concreto. O que pode ocorrer e é disto que o tema em destaque se ocupa, é a cumulação de *pedidos* diversos de tutela jurisdicional que são formulados perante o Estado-juiz quando de sua provocação inicial, isto é, quando o exercício da ação [...]

Assim, surge uma barreira semântica intransponível no art. 37, § 5º, da CRFB/1988, caso se defenda a tese da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao Erário. Explica-se. Restou exaustivamente demonstrado no capítulo supra que o objeto de incidência da prescrição é a pretensão, é a exigibilidade do direito subjetivo a uma prestação, de modo que se for acolhida a tese da imprescritibilidade, é necessário que se leia o vocábulo “ação”, na segunda parte do dispositivo, como pretensão, pois é ela que prescreve.

Dito isso, aliado à conclusão segundo a qual quando o constituinte fala em Erário, trata de pretensão de ressarcimento aos cofres públicos, se essa pretensão for considerada perpétua, o dispositivo é contraditório em si mesmo, no seguinte sentido: caberia ao legislador determinar o prazo para o exercício da pretensão de ressarcimento ao erário por ilícitos causados por agentes públicos, ressalvada a pretensão de ressarcimento ao Erário, que seria imprescritível.<sup>25</sup>

Sendo incabível tal conclusão, a prudência determina que se interprete o dispositivo à luz da independência das instâncias e do rigor técnico do constituinte, até porque não há barreira semântica que impeça de assim se proceder. Ou seja, na primeira parte, o dispositivo trata da pretensão punitiva da Administração. Na segunda, não trata da ação no sentido da *actio* romana ou da pretensão ao ressarcimento, mas sim da ação processual de ressarcimento ao Erário, conforme a moderna concepção da ação, como direito autônomo e abstrato, tal como visto no capítulo supra.

Ainda mais quando se trata de agente público, em que é provável que de um único ato resulte a responsabilização cível, penal e administrativa, cada qual com sua respectiva pretensão condenatória,<sup>26</sup> consoante ensina Marçal Justen Filho (2011, p. 996) sobre a improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da CRFB/1988), como segue:

A improbidade administrativa consiste na ação ou omissão violadora do dever constitucional da moralidade no exercício da função pública, que acarreta a imposição de sanções civis, administrativas e penais, de modo cumulativo ou não, tal como definido em lei.

<sup>25</sup> Art. 37, § 5º, da CRFB/1988 – A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

<sup>26</sup> Por exemplo: um agente público que desviar recursos públicos em proveito próprio deverá ser responsabilizado civilmente ao ressarcimento ao Erário; administrativamente com a perda da função pública e penalmente pelo crime de peculato (art. 312 do CP)

Assim, por exemplo, caso seja apresentada uma Ação Civil Pública pelo Ministério Público a fim de apurar ato de improbidade administrativa na qual não se pleiteia o ressarcimento ao Erário, nada impede a Fazenda lesada de apresentar a “respectiva ação de ressarcimento”, em virtude da independência das instâncias.

Nesse sentido, entendendo pela aplicabilidade da regra geral da prescrição, a ressalva feita pelo constituinte não determina a perpetuação da pretensão de ressarcimento ao Erário, mas tão somente a dispensa de ulterior previsão legal, posto que as pretensões cíveis (ressarcimento) já se encontravam abarcadas pela regra geral dos prazos extintivos no Direito Público: cinco anos. Nessa toada, vale a transcrição das palavras do Min. Marco Aurélio de Mello, proferidas no voto divergente do MS n.º 26.210:

[...] não compreendo a parte final do § 5º do artigo 37 da Constituição Federal como a encerrar a imprescritibilidade das ações considerada a dívida passiva da União. Não. A ressalva remete à legislação existente e recepcionada pela Carta de 1988; a ressalva remete à disposição segundo a qual prescrevem as ações, a partir do nascimento destas, em cinco anos, quando se trata, repito, de dívida passiva da Fazenda. E isso homenageia a almejada segurança jurídica: a cicatrização de situações pela passagem do tempo. (STF, MS n.º 26210, voto vencido. Min. Marco Aurélio de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/2008)

No mesmo sentido, Rita Tourinho (2007, p. 06) interpreta a ressalva do dispositivo constitucional à luz da segurança jurídica, defendendo que a intenção do constituinte foi apenas estabelecer que para as pretensões de ressarcimento de dano decorrentes de improbidade administrativa não fossem estabelecidos prazos inferiores ao já regulados pelo Código Civil.

Ressalta-se, por oportuno, que esse era o entendimento de parte da jurisprudência do STJ, principalmente antes da suposta pacificação pelo STF no MS n.º 26.210, como segue:

Administrativo. Lei de improbidade administrativa. Prescrição. 1. "A norma constante do art. 23 da Lei n. 8.429 regulamentou especificamente a primeira parte do § 5º do art. 37 da Constituição Federal. À segunda parte, que diz respeito às ações de ressarcimento ao erário, por carecer de regulamentação, aplica-se a prescrição vintenária preceituada no Código Civil (art. 177 do CC de 1916)"- REsp 601.961/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 21.08.07.2. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 993527/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/08/2008, DJe 11/09/2008)

Sem embargos, não se poderia deixar de mencionar a autorizada doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 1080-1081, grifo do autor), que após aprofundada

análise, alterou seu entendimento quanto à prescrição da pretensão de ressarcimento ao Erário; em suas palavras:

Como explicar, então, o alcance do art. 37, § 5º? Pensamos que o que se há de extrair dele é a intenção manifesta, ainda que mal-expressada, de separar os prazos de prescrição do *ilícito propriamente*, isto é, penal, ou administrativo, dos prazos das ações de responsabilidade, que não terão porque obrigatoriamente coincidir. Assim, a ressalva para as ações de ressarcimento significa que terão prazos autônomos em relação aos que a lei estabelecer para as responsabilidades administrativa e penal.

No mesmo sentido, traz-se a lume a escorreita lição de Ada Pellegrini Grinover (2005, p. 14), como segue:

Por todo o exposto, é lícito concluir que a regra inserta no § 5º do art. 37 da Constituição Federal não estabelece uma taxativa imprescritibilidade em relação à pretensão de ressarcimento ao erário, estando também tal pretensão sujeita aos prazos prescricionais estatuídos no plano infraconstitucional.

Portanto, nessa interpretação, a pretensão de ressarcimento (de natureza cível por excelência) não se confunde com a pretensão administrativa contida na primeira parte do parágrafo constitucional. Matiza-se, dessa forma, a independência das instâncias, cabendo ao legislador regular um tipo específico de ilícito: o ilícito administrativo (para o qual nasce a pretensão punitiva), aquele perpetrado por qualquer agente, servidor ou não, sem necessidade de legislar sobre a prescrição da pretensão de ressarcimento, posto que já devidamente regulada.

Assim, com base na literalidade do art. 37, § 5º, da CRFB/1988, cumpre-se afastar a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao Erário, pois significa uma contradição em si mesmo. No entanto, mesmo que se desconsidere a incongruência entre o primeiro e o segundo período do dispositivo constitucional, é certo que sua redação permite a interpretação segundo a qual ao legislador infraconstitucional cabe a regulação das prescrições administrativas em razão dos ilícitos praticados por agentes públicos (gênero que não se limita aos servidores públicos), ficando ressalvadas da necessidade de ulterior legislação específica as pretensões de ressarcimento, de natureza cível, posto que já reguladas pelas normas recepcionadas pelo texto constitucional.

### **3.3.2 Da interpretação sistemática do art. 37, § 5º, da CRFB/1988**

Ultrapassada a possibilidade de se interpretar literalmente o art. 37, § 5º, da CRFB/1988, tanto no sentido da prescritibilidade quanto da imprescritibilidade da pretensão

de ressarcimento ao Erário, ressalvando que a última pressupõe uma contradição em termos, passa-se ao cotejo do dispositivo com o ordenamento jurídico constitucional tomado como um sistema unitário e harmônico, até porque “a norma [...] não se confunde com o texto, isto é, com o seu enunciado, com o conjunto de símbolos linguísticos que forma o preceito. [...]” e “a interpretação orientada à aplicação não se torna completa se o intérprete se bastar com a análise sintática do texto.” (MENDES; BRANCO, 2012, p. 102).

Com efeito, a interpretação sistemática é um método clássico de interpretação no qual se visualiza um determinado dispositivo como fazendo parte de um todo indissociável, o ordenamento jurídico, cuja unidade é característica marcante (FERNANDES, 2011, p. 153).

Dessa forma – mormente quando se está diante de um texto cuja redação não é clara e/ou dá margem à ambigüidade, tal como o art. 37, § 5º, da CRFB/1988 –, faz-se necessário que o interprete busque o sentido do enunciado que mais de coadune com a carta de princípios trazida no bojo do texto constitucional, em prol da unidade e da harmonia do sistema.

Sobre a interpretação constitucional, Luis Roberto Barroso (2009, p. 302) ensina que “[...] o princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, impondo ao interprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas jurídicas. [...]”. Na mesma toada, Carlos Maximiliano (2006, p. 105) colhe da tradição romana brocardo pertinente, segundo o qual “*incivile est, nisi tota lege perspecta, uma aliqua partícula ejus proposita, judicare, vel respondere* – ‘é contra Direito julgar ou emitir parecer, tendo diante dos olhos, ao invés da lei em conjunto, só uma parte da mesma’”.

Diante disso, passa-se ao cotejo analítico do art. 37, § 5º, da CRFB/1988 com as demais normas constitucionais, pois, segundo Elody Nassar (2004, p. 190): “[...] o sistema jurídico é um todo harmonioso que não admite contradições, e a imprescritibilidade, sem limites, seria uma delas.”.

### 3.3.2.1 Do princípio da Isonomia

Ao julgar o MS n.º 26.210, que se tornou paradigma para a aplicação da tese da imprescritibilidade, o Min. relator, Sr. Ricardo Lewandowski, ampliou a hipótese de incidência do art. 37, § 5º, da CRFB/1988, de modo a incluir dentre as pretensões perpétuas todos os atos ilícitos que causam prejuízo ao Erário, e não somente aqueles praticados por agentes públicos, indo de encontro frontal com a redação constitucional. Segundo ele, aplicar



a imprescritibilidade apenas para o caso do agente público violaria a o princípio da isonomia, o que iria de encontro com a intenção do constituinte.

No entanto, o princípio da isonomia deve ser utilizado justamente para interpretar a ressalva feita no dispositivo constitucional no sentido de respeito à independência das instâncias. Assim, deveras, quando o constituinte ressalvou a respectiva ação de ressarcimento de ulterior regulação quanto à sua prescrição, buscou concretizar a igualdade de trato entre as pessoas, regulando de modo igual os iguais e desigual os desiguais, na medida de sua desigualdade, expressão que transmite o sentido da isonomia, segundo Ives Gandra Martins Filho (2012, p. 554)

Isso porque o constituinte cuidou para que a pretensão administrativa fosse estabelecida pelo prazo específico a ser determinado pelo legislador (como, de fato, estabeleceu no art. 23 da Lei 8.249/92, que disciplina a Improbidade Administrativa), de modo distinto da prescrição estabelecida para os ilícitos que causam dano ao Erário praticados por cidadãos vinculados à iniciativa privada. Ou seja, respeitando-se a independência das instâncias, a categoria de agentes públicos foi tratada de maneira igual entre si e desigual quando comparada com o cidadão sem esse vínculo com a Administração, para o qual incide o prazo já determinado pela lei (cinco anos quando se tratar de Direito Público ou no prazo estipulado pelo Código Civil).

### 3.3.2.2 Da Segurança Jurídica

Conforme demonstrado no primeiro capítulo do presente trabalho, a segurança jurídica é fundamento de criação do Direito (SICHES, 2000, p. 85), pressuposto do Estado de Direito (SARLET, 2009, p. 433) e o maior de todos os princípios gerais de Direito, posto em evidência pelo instituto da prescrição (MELLO, 2013, 89-90).

A segurança jurídica, também como já visto, significa tanto o conhecimento do cidadão acerca das normas jurídicas que forma o ordenamento (segurança do Direito) quanto a previsibilidade dos negócios jurídicos e de seus efeitos (segurança jurídica), com o fim de que ao cidadão seja garantida uma vida sem frustrações de expectativas pela falta de estabilidade das situações (SILVA, 2005, p. 17).

É justamente nesse caminho que a imprescritibilidade de pretensões patrimoniais fere o princípio da segurança jurídica. Com efeito, nos termos já trazidos alhures, o fundamento mais importante do instituto da prescrição é conferir às relações jurídicas

estabilidade em decorrência do decurso do tempo, como medida de ordem pública, em benefício da harmonia social (LEAL, 1982, p. 15-16).

No entanto, ao se reconhecer a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao Erário, o Estado estaria patrocinando a instabilidade das relações sociais e gerando a perpetuação de uma situação antijurídica aos cidadãos, qual seja: a possibilidade eterna dele mesmo adentrar na esfera jurídica do devedor, diminuindo-lhe o patrimônio e, por consequência, a sua capacidade de responder pelas obrigações contraídas, conforme art. 591<sup>27</sup> do CPC/1973 e art. 391<sup>28</sup> do CC/2002.

Noutras palavras, ao albergar a imprescritibilidade de uma pretensão patrimonial, o Estado mitiga do povo a possibilidade de previsão de suas condutas e dos seus respectivos efeitos. Nessa senda, imagine-se duas pessoas (A e B) que pretendem constituir uma empresa juntos. Para tanto, cada qual cria expectativas com base na situação financeira do outro, podendo confirmá-las com a pesquisa nos órgãos competentes. No entanto, caso haja uma pretensão patrimonial imprescritível, inobstante a devida cautela na criação da sociedade, o sócio A poderia ter frustrada sua expectativa em decorrência de uma abrupta diminuição da capacidade econômica do sócio B, visto que o Estado adentrou em sua esfera jurídica em virtude de um ilícito ocorrido há muitos anos.

Conforme se depreende, essa situação não pode ser incentivada pelo judiciário, cujo papel é interpretar o ordenamento jurídico à luz dos princípios constitucionais, dentre os quais a segurança jurídica ganha papel de destaque.

Assim, Marçal Justen Filho (2011, p. 1254), ao tratar da interpretação do art. 37, § 5º, da CRFB/1988, ensina que: “reputa-se que a imprescritibilidade não pode ser albergada, sob pena de gerar efeitos incompatíveis com a própria Constituição, que prestigia a segurança jurídica. Não se pode admitir que o Estado manteria o direito de ação de modo eterno.”

Na mesma linha de pensamento, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2009, p. 359) são técnicos ao dizer que

[...] os princípios da segurança jurídica e da proibição do excesso indicam a necessidade de haver prazo de extinção da pretensão do Estado para o ressarcimento do erário pelos danos causados por ato de improbidade administrativa, porquanto se trata de pretensão que se exerce mediante ação condenatória, a qual, por sua natureza, de acordo com o sistema do Direito, é sempre prescritível.

---

<sup>27</sup> Art. 591 – O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.

<sup>28</sup> Art. 391 – Pelo Adimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.

Para Elody Nassar (2004, p. 189-190), mesmo que se considere a imprescritibilidade decorrente da redação do art. 37, § 5º, da CRFB/1988, ainda assim a Administração pública não pode aplicar a suposta legalidade de maneira a mitigar a segurança jurídica das relações, posto que a legalidade não é absoluta, assim como não é qualquer princípio. Assim, ocorrem situações em que o interesse público sobrepõe-se à literalidade do enunciado, tal como acontece com a prescrição da pretensão de ressarcimento ao Erário.

Ademais, essa situação de insegurança advinda da imprescritibilidade ganha contornos sádicos quando se trata de pretensões de ressarcimento, portanto, patrimoniais. Isso porque, nas hipóteses em que o constituinte acolheu, de fato, a tese da imprescritibilidade, o fez expressa e inequivocamente, sempre tratando de pretensões punitivas criminais, tal como dispõem os incisos XLII<sup>29</sup> e XLIV<sup>30</sup> do art. 5º da CRFB/1988. (MELLO, 2013, p. 1081)

Assim, mesmo quando o constituinte entendeu ser caso de exceção à regra da prescritibilidade, a pretensão ainda assim não é perpétua, posto que no Direito Penal vige o princípio da personalidade da pena, segundo o qual “[...] nenhuma pena poderá passar da pessoa do condenado” [...], conforme lição de Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 280).

Por outro lado, a obrigação de reparar o dano é transmitida por sucessão, até o limite do patrimônio transferido, na dicção da art. 5º, inc. XLV,<sup>31</sup> da CRFB/1988, que prevê o princípio da personalidade da pena como garantia fundamental. Do mesmo modo, após a partilha, cada herdeiro responde pelas dívidas do falecido na medida de seu quinhão, nos moldes do art. 597,<sup>32</sup> do CPC/1973.

Assim, se for concedida à pretensão de ressarcimento ao Erário o benefício da imprescritibilidade, ela consistirá, de fato, em pretensão perpétua, no sentido exato da palavra, visto que o Estado poderia invadir a esfera patrimonial de um sujeito em virtude de um ilícito causado em gerações anteriores, mitigando sobremaneira a segurança jurídica nas relações. (MELLO, 2013, p. 1080)

---

<sup>29</sup> Art. 5º, XLII – a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

<sup>30</sup> Art. 5º, XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

<sup>31</sup> Art. 5º, XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

<sup>32</sup> Art. 597 – O espólio responde pelas dívidas do falecido; mas, feita a partilha, cada herdeiro responde por elas na proporção da parte que na herança lhe couber.

### 3.3.2.3 Do Contraditório e da Ampla Defesa

Tal como visto no primeiro capítulo da presente empreitada acadêmica, o contraditório e a ampla defesa constituem garantias fundamentais asseguradas na CRFB/1988 para que o processo alcance o fim a que se dispõe, qual seja, “ser instrumento público de realização da justiça.” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 86).

No entanto, se de maneira formal o contraditório e a ampla defesa pressupõem a participação das partes na marcha processual, em sua feição material, a palavra chave desses princípios processuais é a colaboração. Nesse diapasão, o contraditório e a ampla defesa, para cumprirem seu papel de garantia fundamental, precisam ser vistos como possibilidade real de influenciar na síntese das teses levantadas pelas partes (BUENO, 2010, p. 140).

Como possibilidade real, no entanto, é necessário que o contraditório e a ampla defesa sejam salvaguardados mesmo que ainda não exista a relação processual, de forma preventiva. Assim, em havendo a necessidade de se resistir a uma pretensão exercida judicialmente, o devido processo legal somente será alcançado se a parte puder, realmente, colaborar/influenciar na decisão a ser tomada (BUENO, 2010, p. 146).

É nesse sentido que o contraditório e a ampla defesa se ligam aos institutos da prescrição e da decadência, pois é necessário convir que a passagem do tempo relaciona-se de maneira inversa com a possibilidade de se manter provas capazes de impedir, modificar ou extinguir o direito exigido em seu desfavor – ônus que cabe ao réu, conforme art. 333 do CPC/1973. Ou seja, quanto maior for o tempo entre o suposto ato ilícito e o exercício da pretensão de ressarcimento, menor serão as chances do demandado ainda ter provas que possam influenciar a decisão judicial, contaminando-a com vício de inconstitucionalidade material.

Essa incongruência entre as garantias processuais do contraditório e da ampla defesa e a possível imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao Erário foi o motivo pelo qual o administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 1081) mudou a sua interpretação quanto à interpretação do art. 37, § 5º, da CRFB/1988. Segundo ele, é

[...] argumento irresponsável, em desfavor da imprescritibilidade, a saber: o de que com ela restaria consagrada a minimização ou eliminação prática do direito de defesa daquele a quem se houvesse increpado dano ao erário, pois ninguém guarda documentação que lhe seria necessária além de um prazo razoável, de regra não demasiadamente longo.

Não por outro motivo, José Afonso da Silva (2010, p. 354) interpreta o art. 37, § 5º, da CRFB/1988, em consonância com as garantias processuais de defesa do demandado, mesmo que não consiga fugir da suposta literalidade do dispositivo constitucional, como segue: “[...] Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito; não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização do prejuízo causado ao Erário.”

Segundo o constitucionalista, portanto, o interprete não poderia fugir da ressalva feita pelo constituinte, tampouco suas garantias processuais poderiam ser mitigadas. Assim, passado o prazo prescricional sem que a o ente legitimado tenha exercido a pretensão cognitiva, na qual as provas serão produzidas, ocorreria a prescrição. Por outro lado, se dentro do prazo prescricional a pretensão cognitiva tivesse sido exercida, com a comprovação da extensão e da autoria do ilícito, mediante o devido processo legal, tal pretensão, agora executória, seria imprescritível (FERRAZ, 2010, p. 19).

Embora mais coerente do que outros tantos, que se limitam a declarar a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao Erário, o pensamento de José Afonso da Silva esbarra em outra dissonância principiológica. É que caso a extensão e a materialidade do ilícito esteja acobertada pela coisa julgada, a Administração tem o dever de prosseguir com o fase executiva, posto que sua atuação tem como norte o princípio da eficiência. (SOUZA, 2012, p. 91)

Nesse sentido, José Cretella Júnior (1992, p. 2263) ensina que “concluindo o processo pela culpabilidade do indiciado, a autoridade competente tem o poder-dever de aplicar-lhe a sanção devida.”. Por tal razão, não se pode conceber que, estando devidamente apurado o ilícito, fique inerte o agente público responsável pela execução do *quantum* devido, por flagrante desrespeito ao princípio da eficiência administrativa, positivado no art. 37, *caput*, da CRFB/1988.

A imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário encontra ainda outro óbice em relação às garantias processuais do contraditório e da ampla defesa. Isso porque Ovídio A. Baptista da Silva e Fábio Luiz Gomes (2006, p. 57) ensinam que o exercício dessas garantias pressupõe a igualdade entre as parte na relação processual, ou, para usar expressão já consagrada, a “paridade de armas” daqueles que litigam na órbita do processo.

Assim, como toda a pretensão patrimonial prescreve, o Estado determina implicitamente ao cidadão cauteloso que mantenha as provas de pagamento de seus negócios jurídicos até o decurso de seu prazo prescricional, de modo a garantir o seu direito de defesa e

afastar a possibilidade de pagar por dívida já adimplida (GONÇALVES, 2012, p. 575). Do mesmo modo, no caso de ilícito, o instituto da prescrição determina subliminarmente que o cidadão guarde as provas a seu favor até o prazo no qual a pretensão prescreve, posto que, a partir daí, não é mais exigível o direito subjetivo.

No entanto, caso acolhida a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao Erário, o cidadão estaria em evidente situação de desigualdade para com a Administração, posto que não é crível que se possa guardar eternamente qualquer documento, a não ser que se trate do Estado, cujo aparato pode permitir o armazenamento de provas que constituem o seu direito.

Por tal motivo, Câmara Leal (1982, p. 18) já ensinava que a prescrição tem como função salvaguardar a sociedade do sujeito que ilicitamente aguarda o decurso do tempo e o inerente desvanecimento da prova para locupletar-se indevidamente. Portanto, essa evidente possibilidade de abuso de direito que a tese de imprescritibilidade permite não pode ser albergada pelo ordenamento jurídico, cabendo ao tempo o dever de apaziguar as relações jurídicas.

Assim, em atenção às garantias processuais do contraditório e da ampla defesa, o TCU editou a Instrução Normativa n.º 56, de 5 de dezembro de 2007, na qual define, em seu art. 3º, o procedimento de tomada de contas especial como “um processo devidamente formalizado, com rito próprio, para apurar responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública federal e obtenção do respectivo ressarcimento.”. Nessa toada, em seu art. 5, § 4º, dispõe que “[...] fica dispensada a instauração de tomada de contas especial após transcorridos dez anos desde o fato gerador, sem prejuízo de apuração da responsabilidade daqueles que tiverem dado causa ao atraso [...]”.

Tal normativa tem sido aventada para fundamentar a impossibilidade de se perquirir acerca da responsabilidade por danos causados ao erário em virtude do decurso do tempo. Nesse sentido, a jurisprudência do TCU tem se manifestado pela impossibilidade de tomada de contas quando passado mais de 10 anos entre o fato gerador e a citação, conforme parecer do Procurador-Geral junto ao TCU, Dr. Lucas Rocha Furtado, lavrado na Tomada de Contas n.º 031.986/2010-2, cujo acórdão, por unanimidade, determinou o arquivamento dos autos. Seguem as palavras do representante do Ministério Público:

[...]Essa situação se encaixa, perfeitamente, na jurisprudência dominante do TCU sobre a matéria, qual seja: longos interregnos entre o fato gerador da TCE e a citação do responsável dificultam sobremaneira a produção de elementos probatórios perante essa Corte de Contas, trazendo, por conseguinte, inegáveis prejuízos ao exercício do contraditório e da ampla defesa - um dos pressupostos de constituição válida e regular dessa espécie processual (Acórdãos 628/2010, 759/2010, 867/2010,

5.001/2010, 2.789/2011 e 7.310/2011, todos da 2ª Câmara; Acórdãos 920/2005, 2.750/2005, 285/2006, 459/2006, 1.425/2006, 1.218/2007, 2.286/2007 e 3.045/2007, todos da 1ª Câmara; e Acórdão 1.897/2009-Plenário). [...] Busca-se, com isso, também preservar a segurança jurídica nas relações judiciais e administrativas.[...] Diante das considerações acima alinhadas e por considerar que, neste caso concreto, os princípios do contraditório, da ampla defesa e da segurança jurídica devem prevalecer sobre o princípio da imprescritibilidade das ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário (art. 37, § 5º, in fine da CF/88), entendo, com a devida licença do posicionamento manifestado nos autos, que a presente TCE deve, de fato, conforme defendem os responsáveis, ser arquivada por falta de pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo, com amparo nos arts. 169, inciso II, e 212 do Regimento do TCU, c/c os arts. 5º, § 4º, e 10 da IN TCU 56/2007. (TCU. TC n.º 031.986/2010-2, Rel. Min. José Jorge, julgado em 02/10/2012)

Portanto, interpretar o art. 37, § 5º, da CRFB/1988 no sentido de conceder a imprescritibilidade às pretensões de ressarcimento ao Erário conflita frontalmente com as garantias processuais constitucionais do contraditório e da ampla defesa, de modo que não é a exegese que se espera do aplicador disposto a interpretar o dispositivo à luz do sistema constitucional.

#### 3.3.2.4 Da impessoalidade

Embora não explorada pela doutrina, não se pode deixar de mencionar o fato da prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao Erário também sublinhar o princípio da impessoalidade, positivado no *caput*, do art. 37 da CRFB/1988.

Explica-se. A impessoalidade, em um primeiro momento, relaciona-se com a finalidade de todo e qualquer ato administrativo, qual seja, o interesse público. Dessa forma, o agente público, imbuído do mister de expressar a vontade de Administração, não pode agir com o escopo de beneficiar ou prejudicar determinado administrado, devendo pautar suas condutas sem qualquer distinção quanto ao sujeito beneficiado ou prejudicado pela ato, consoante lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro (2011, p. 68).

Com vista, portanto, ao interesse público, parece incólume de críticas a afirmação segundo a qual é dever do agente público buscar o ressarcimento de eventuais danos causados ao Erário. Acontece que, sem prazo para que esse direito da Administração seja exercido, pode ocorrer dessa dívida com a sociedade jamais ser cobrada, sob o fundamento que ela é ainda exigível, ficando o agente público encarregado de exercer a pretensão incólume de censura.

Assim, a reprovável pessoalidade do administrador, consubstanciada na sua omissão em cobrar ou executar o direito ao ressarcimento e velada pela imprescritibilidade da pretensão da Administração, não poderia ser configurada como improbidade administrativa, nos moldes dos art. 10, inc. XII, da Lei 8.429/92,<sup>33</sup> posto que o ato de enriquecimento ilícito daquele que danificou o patrimônio público e não o ressarcir não foi configurado.

Por outro lado, caso haja prazo para o exercício da pretensão de ressarcimento ao erário, a omissão do agente competente poderá caracterizar enriquecimento ilícito do sujeito que praticou o ato lesivo, posto que passado *in albis* o prazo para exigir-lhe o devido ressarcimento, tal pretensão torna-se prescrita e o erário, em tese,<sup>34</sup> não seria mais ressarcido.

Portanto, como se vê, a prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao Erário evidencia a eficiência e a impessoalidade administrativa, de modo que interpretar o art. 37, § 5º, da CRFB/1988 no sentido de perpetuação da referida pretensão esbarra em variados princípios constitucionais, não podendo o hermeneuta deixar de cotejar a possível interpretação de um dispositivo com as consequências concretas que dela poderão emanar.

### 3.3.2.5 Dos princípios hermenêuticos

Consoante visto supra, a prescrição é um instituto que busca resguardar a estabilidade nos negócios jurídicos, em razão do decurso do tempo e da inércia do titular do direito subjetivo a uma prestação. Nessa toada, a prescrição da pretensão configura-se como regra geral e princípio do Direito, consoante lição de Maria Helena Diniz (2011, p. 447).

Portanto, sendo exceção, sua interpretação deve ser restrita. Nesse sentido, não se pode deixar de mencionar o brocardo trazido por Carlos Maximiliano (2006, p. 183), segundo o qual “interpretam-se as exceções estritissimamente”, traduzido do latim “*exceptiones sunt strictissimoe interpretationis*”.

Diante disso, mesmo os doutrinadores que acolhem a imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento, com base na suposta literalidade do art. 37, § 5º, da CRFB/1988,

---

<sup>33</sup> Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º deste lei, e notadamente:

[..]

XII – permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

<sup>34</sup> Diz-se em tese porque, conforme já visto, a prescrição fulmina a pretensão, de modo que nada impede que aquele que causou o dano possa vir espontaneamente e devolver aos cofres público o que ilicitamente retirou, embora tal hipótese, infelizmente, seja de veras improvável.



não escondem o desconforto que a tese pretensamente abarcada pelo constituinte trazia. Nesse sentido, cabe ressaltar o forte posicionamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1990, p. 260), segundo o qual “a imprescritibilidade é sempre condenada pela doutrina, seja qual for o seu campo; entretanto, a constituinte demonstrou por ela um entusiasmo perverso e vingativo (v. art. 5.º, XLII e XLIV).”.

Na mesma toada é a colocação de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (1988, p. 167), pois, para os autores, “é de lamentar-se a opção do constituinte por essa exceção à regra da prescritibilidade, que é sempre encontrável relativamente ao exercício de todos os direitos.”.

Nesse ponto, José Afonso da Silva (2012, p. 675) – tratando da ressalva feita pelo art. 37. § 5º, da CRFB/1988 – não nega sua dissonância com a tradição jurídica, a despeito de ver nela a possibilidade de perpetuação do direito da Administração ao ressarcimento. Nas palavras do doutrinador:

[...] É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (*dormientibus non succurritus*). Deu-se assim à Administração inerte o prêmio da imprescritibilidade na hipótese considerada.

No entanto, como já dito, o motivo pelo qual tais doutrinadores acolhem a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário é o fato da redação do art. 37, § 5º, da CRFB/1988 não dar margem para interpretação diversa, o que já foi afastado supra.

Nessa senda, na possibilidade de se retirar da redação constitucional interpretação que homenageie a regra geral da prescrição, como de fato há, não há margem para não o fazer. Outra não é a opinião de Luciano Ferraz (2010, p. p. 19), como segue:

Parece-me óbvio que, se a regra geral num Estado de Direito é o reconhecimento da prescritibilidade (das pretensões) como inerência à estabilização das relações jurídicas – em obséquio ao princípio da segurança jurídica -, se do dispositivo constitucional (art. 37, § 5º) se puder extrair interpretação que prestigie dita estabilização, está haverá de ser a exegese única a ser perseguida pelo interprete.

Compartilha tal entendimento Elody Nassar (2004, p. 183-184), pois, como consta, a hermêutica guarda princípio notório segundo o qual se presume que as disposições normativas ulteriores não sejam confrontantes com as anteriores, sobretudo quando se está diante de tradição jurídica milenar, tal como acontece com a prescrição da pretensão, cuja base advém do Direito Romano.

Nesse sentido, rebatendo alegação da época – a qual aduzia serem imprescritíveis as ações patrimoniais dos entes de Direito Público da Administração direta em virtude de

serem bens públicos, portanto, inalienáveis (art. 66, inc. III, e art. 67 do CC/1916) –, Câmara Leal defendeu a prescrição de tais ações (leia-se: pretensões), posto que não havia norma expressa declarando sua imprescritibilidade, bem como tal alegação iria de encontro com o antigo princípio da prescritibilidade da pretensões estatais. Segue a lição, *in verbis*:

[...] o princípio da prescritibilidade das ações que competem ao Estado, como pessoa jurídica, é antiqüíssimo no domínio da legislação e da doutrina. Entre nós, já o Reg. Da Fazenda (cap. 210), e o Reg. Dos Contos (cap. 92) estabeleciam a prescrição quarentenária contra a Fazenda Nacional, mantida pela lei n.º 243, de 30 de novembro de 1841 e pelo dec. n.º 736, de 20 de novembro de 1841.

Diante disso, salvo quando expressa e inequivocamente o ordenamento jurídico declare que certa pretensão será imprescritível, tal como o faz quando trata de crime de racismo e crime contra o Estado Democrático de Direito, conforme já visto, a interpretação do dispositivo sempre deve acolher a exegese que sublinhe a regra geral e a tradição jurídica, ou seja, a prescritibilidade das pretensões.

### 3.3.2.6 Da supremacia e indisponibilidade do interesse público e da interpretação proporcional

Em tese, pode-se dizer que no enunciado disposto no art. 37, § 5º, da CRFB/1988, dois princípios contrapõem-se, quais sejam: de um lado, a indisponibilidade do interesse público em face da necessidade de se recompor a *res* pública; de outro, a segurança jurídica e a estabilidade das relações, oriundos do instituto da prescrição (NASSAR, 2004, p. 186).

No entanto, conforme já visto, o ordenamento é um sistema harmônico. Portanto, ainda que se conceba a existência de interesses contrapostos ou de princípios jurídicos aparentemente conflitantes, cabe ao interprete a extração do sentido aplicável ao caso, à luz da proporcionalidade, que, para Luis Roberto Barroso (2009, p. 305), funciona “[...] como medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema”.

Desse modo, para que se acolha a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao Erário, já que sua literalidade é insuficiente para alcançar a norma nela expressada, seria necessário que fosse essa a interpretação mais proporcional do enunciado, passando incólume por suas três fases: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, segundo autorizada lição de Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 24).

Nessa toada, adequação significa dizer que tal interpretação é apta a fomentar o fim pretendido, de modo que somente será vista como inadequada se não puder promover o seu escopo. Necessária, por sua vez, será a medida (ou interpretação) que, dentre tantas outras, também adequadas, afetará em menor intensidade o direito fundamental ou o princípio aparentemente conflitante. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito será realizada quando os motivos que fundamentam a sua adoção sejam suficientes para justificar a mitigação do direito fundamental ou do princípio confrontante (SILVA, 2002, p. 36).

Portanto, não resta dúvida que a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao Erário não é proporcional, posto que, embora apta a fomentar a eterna possibilidade de ressarcimento aos cofres públicos, não se mostra necessária, visto que outras medidas poderiam promover esse direito da Administração sem violar a segurança jurídica de toda a sociedade. Nesse sentido, Fábio Medina Osório (2005, p. 540) defende que a tese da imprescritibilidade acarreta intolerável insegurança jurídica, sendo melhor solução a fixação de prazos mais extensos para o exercício da pretensão de ressarcimento da Administração, mas não a sua perpetuidade.

De qualquer forma, é bom se ressaltar, a imprescritibilidade não satisfaria o crivo da proporcionalidade em sentido estrito, pois sua adoção não justifica a mácula que toda a sociedade teria que suportar em ter no seu seio uma pretensão patrimonial imprescritível.

Sobre o suposto conflito entre a estabilidade das relações jurídicas e o ressarcimento ao Erário, é pertinente a opinião de Jessé Torres Pereira Junior (2009, p. 783) ao interpretar o art. 37, § 5º, da CRFB/1988, como segue:

A norma deste parágrafo terá enfim encerrado a tensão que havia entre a prescrição e a indisponibilidade do interesse público, em face da qual se sustentava a imprescritibilidade das faltas disciplinares e dos ilícitos em geral de que decorressem prejuízos à fazenda pública. A Constituição manda a lei estabelecer prazos extintivos da punibilidade administrativa pelo decurso do tempo, quer o autor do ilícito seja servidor ou não, e ainda que cause danos ao erário. Não há, pois, a partir do § 5º do artigo 37 da CF/88, ilícitos imprescritíveis.

Ademais, é de bom alvitre salientar que, conforme dito alhures, a prescrição é um instituto que visa salvaguardar o interesse público, consubstanciado no direito da sociedade em ter estabilizadas as relações jurídicas em decorrência do decurso do tempo. Desse modo, o princípio da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, tão caro ao Direito Administrativo, poderia ser utilizado para fundamentar tanto a imprescritibilidade quanto a prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao Erário.

Além disso, conforme salienta Marçal Justen Filho (2011, 131), antes de se subordinar ao interesse público, a atividade administrativa deve atenção à supremacia e à indisponibilidade dos direitos fundamentais. Assim, em virtude de evidente mitigação à segurança jurídica, ao contraditório e à ampla defesa, a tese da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao Erário não se sustenta.

No mesmo sentido, o interesse público não pode se sobrepor ao direito subjetivo do administrado, salvo quando se trata de um regime autoritário. Caso não fosse assim, não haveria fundamento para a regra do art. 100<sup>35</sup> da CRFB/1988, que dispõe acerca do procedimento a ser tomado no caso de dívida passiva das Fazendas Públicas, pois seria contra o interesse público o dispêndio de dinheiro público para satisfazer o interesse individual. Esse é o entendimento de Marçal Justen Filho (2011, p. 1241), para o qual “a realização do interesse público apenas pode significar que o Estado tem o dever de observar o direito. [...]”.

Assim, tendo em vista que o ordenamento jurídico garante a prescritibilidade de todas as pretensões patrimoniais, seja por menção expressa, seja por analogia ou incidência da regra geral (NERY JUNIOR; NERY, 2009, p. 359), descabida a invocação do interesse público para fundamentar suposta intenção do constituinte em garantir a perpetuidade da pretensão de ressarcimento ao Erário, sobretudo quando não o fez de modo inequívoco.

Agrega-se a isso o fato de que o interesse público não pode ser confundido com o interesse do Estado, tampouco com o interesse do aparato administrativo, segundo Marçal Justen Filho (2011, p. 120-121), de modo que o interesse público não é suficiente para conceder ao art. 37, § 5º, da CRFB1988 a interpretação no sentido da imprescritibilidade.

### **3.3.3 Da possibilidade de mutação constitucional**

A mudança na Constituição pode acontecer, basicamente, de duas maneiras distintas, ou pela via formal ou pela via informal. Quando se dá formalmente, ocorre o exercício do poder constituinte, que se manifesta por meio de reforma constitucional. No caso da CRFB/1988, a mudança constitucional acontece por um procedimento distinto do referente

---

<sup>35</sup> Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

à legislação infraconstitucional, o que garante o caráter de rigidez ao texto constitucional brasileiro (BARROSO, 2009, p. 123).

Por outro lado, a CRFB/1988 pode sofrer mudanças pela via informal, que ocorre por meio de mutação constitucional. Esse fenômeno dispensa o poder constituinte, posto que aconteça por intermédio da interpretação constitucional, alterando-se o sentido e o alcance da norma constitucional. (BARROSO, 2009, p. 123).

No mesmo sentido, segue a lição de Inocêncio Mártires Coelho (2012, p. 457):

As mutações constitucionais são decorrentes – nisso residiria a sua especificidade – da conjugação da peculiaridade da linguagem constitucional, polissêmica e indeterminada, com os fatores externos, de ordem política, econômica, social e cultural, que a Constituição – pluralista por antonomásia –, intenta regular e que, dialeticamente, interagem com ela, produzindo leituras sempre renovadas das mensagens enviadas pelo constituinte.

Nesse sentido, cumpre salientar que pende de decisão pela atual formação do órgão pleno do STF dois Recursos Extraordinários nos quais o tribunal novamente se debruçará sobre a correta interpretação do art. 37, § 5º, da CRFB/1988.

O primeiro RE foi interposto em face de acórdão prolatado no TJ/SP, no qual houve condenação de agente público por ato de improbidade administrativa em virtude da contratação, sem licitação, de escritório de advocacia. Em suas razões, o recorrente aduz que o prazo prescricional para ilícitos que causem danos ao Erário é quinquenal, consoante dispõe a Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular). Após decisão do tribunal *a quo* inadmitindo o RE, houve a interposição de Agravo de Instrumento e diante da decisão monocrática que negou seguimento ao Agravo, interpôs-se Agravo Regimental, o qual foi provido, de modo a levar RE ao plenário. Segue a ementa do julgado:

Agravo Regimental no Agravo De Instrumento. Direito administrativo. Dano ao erário. Artigo 37, §5º, da CF. Imprescritibilidade. Precedentes. Pretensão de re julgamento da causa pelo plenário e alegação de necessidade de demonstração de dano concreto para se impor a condenação ao ressarcimento em razão do dano causado à administração pública. Submissão da matéria a reexame pelo plenário do supremo tribunal federal. Agravo regimental provido, determinando-se o processamento do recurso obstado na origem. 1. O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência assente no sentido da imprescritibilidade das ações de ressarcimentos de danos ao erário. [...] 2. Agravo regimental. Pleito formalizado no sentido de submeter o tema a reexame do Plenário da Corte. Cabimento da pretensão, porquanto entendendo relevante a questão jurídica e aceno com a necessidade de reapreciação da matéria pelo Supremo Tribunal Federal. 3. Agravo regimental provido, determinando-se o processamento do recurso extraordinário obstado pelo Tribunal de origem. (STF.AgR no AI n.º 819135, Rel: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 28/05/2013)

Em outra ocasião, foi decidido pela repercussão geral em RE interposto pela União no qual se discute a prescrição da pretensão de ressarcimento por danos decorrentes de acidente envolvendo automóvel de propriedade da recorrente. Segue ementa da decisão:

Administrativo. Pretensão de ressarcimento ao erário. Prescrição. Interpretação da ressalva final prevista no artigo 37, § 5º, da Constituição Federal. Existência de repercussão geral. Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário no qual se discute o alcance da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário prevista no artigo 37, § 5º, da Constituição Federal. (STF. RG no RE 669069, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 02/08/2013)

Diante desses recentes julgados, abre-se a possibilidade para que a questão da prescrição da pretensão de ressarcimento ao Erário seja ventilada pela nova composição do pleno, ao qual caberá dar a última palavra quando à interpretação do art. 37, § 5º, da CRFB/1988, podendo ocorrer ou não a mutação constitucional.

## CONCLUSÃO

Diante de todo esse exposto, algumas considerações conclusivas podem ser aduzidas.

Primeiramente, tem-se que após a evolução conceitual do instituto da ação, a moderna processualística a concebe como direito público autônomo e abstrato, exercido em face do Estado brasileiro e garantido ao sujeito de direito em razão do monopólio jurisdicional. Dito isso, conclui-se que a ação não pode ser mais vista como objeto de incidência da prescrição, pois ao cidadão é garantido o direito de ir a juízo e exercer o seu direito de ação, cabendo ao Estado-juiz o dever de conceder a Jurisdição.

Desse modo, levando-se em consideração a redação do art. 189 do CC/2002 e a evolução conceitual da antiga *actio* romana, que deu origem à pretensão no Direito Brasileiro, conclui-se que prescrição é um instituto de direito material, de ordem pública, que incide sobre a pretensão, extinguindo a exigibilidade de um direito subjetivo a uma prestação (direito prestacional), somente veiculada nas ações condenatórias, podendo ser alegada pela parte interessada ou de ofício pela autoridade julgadora em qualquer grau de jurisdição.

Na mesma toada, tendo em vista a categoria dos direitos potestativos, conclui-se que a decadência é um instituto de direito material, de ordem pública, que significa o perecimento do direito de sujeitar outrem independente de sua vontade (direito potestativo), em virtude da inércia do seu titular no período determinado pela lei (decadência legal) ou estipulado pelas partes (decadência convencional), cujo prazo não se impede, suspende ou interrompe, salvo estipulação em contrário, sendo somente veiculada nas ações constitutivas.

Também pode se concluir que salvo quando expressamente determinado pelo ordenamento jurídico, as pretensões sempre serão prescritíveis. Por outro lado, os direitos potestativos somente sofrerão os efeitos da decadência no caso de determinação, seja legal ou convencional; em não havendo prazo estipulado para o seu exercício, é caso de ação perpétua. No mesmo norte, a demanda exclusivamente declaratória também não sofre limitação de exercício pelo decurso do tempo.

Passando ao objetivo geral da presente empreitada, primeiramente, viu-se que, por se tratar de direito prestacional veiculado por ação condenatória, não resta dúvida quanto ao fato da pretensão de ressarcimento ao Erário ser hipótese de incidência da prescrição. Assim, conforme já dito, somente nos casos expressos e inequívocos poderão ser perpetuadas.

Do mesmo modo, também se verificou que a CRFB/1988 não é expressa quanto à imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao Erário (tal como o faz quando, de fato, quer declarar imprescritível alguma pretensão); do contrário, posto que o dispositivo que pretensamente veicula a sua imprescritibilidade é extremamente mal redigido e ambíguo. Por tal motivo, já se conclui que a CRFB/1988 não recepcionou a tese da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao Erário.

Seguindo, conclui-se, outrossim, que se for levada com rigor a interpretação literal do art. 37, § 5º, da CRFB/1988, o que se tem é um dispositivo contraditório em si mesmo, pois significa que a legislação estabelecerá o prazo de prescrição para o ressarcimento de dano ao Erário, ressalvada a pretensão de ressarcimento de dano ao Erário, que seria imprescritível. Diante disso, conclusão inarredável que a suposta literalidade do art. 37, § 5º, da CRFB/1988 não deve ser utilizada como método hermenêutico para se extrair a norma do enunciado.

Essas constatações já seriam mais que suficientes para afastar a tese da imprescritibilidade, pois toda pretensão prescreve, salvo quando a norma dispuser de outra forma, o que não acontece no caso sob análise. Ainda assim, conclui-se que, em interpretação sistemática do ordenamento jurídico, a prescrição da pretensão de ressarcimento ao Erário é a exegese que mais se coaduna com os princípios, direitos e garantias fundamentais constitucionais, sobretudo com a segurança jurídica, o contraditório, a ampla defesa, a eficiência, a impessoalidade e a supremacia e indisponibilidade do interesse público.

Concluído isso, levando-se em consideração que na falta de regulação específica, a pretensão prescreverá no prazo geral, tem-se que o mais sensato é conceder prazo de 5 anos para o exercício da pretensão de ressarcimento ao Erário, em observância ao prazo geral do Direito Público e em respeito à similaridade com as dívidas passivas dos entes da Administração, bem como com os prazos estipulados em outras ações que visam resguardar o patrimônio público (Ação Civil Pública e Ação Popular)



## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola, **Dicionário de Filosofia**. Traduzido por Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

AMARAL, Guilherme Rizzo. A polêmica em torno da "ação de direito material". **Gênesis - Revista De Direito Processual Civil**, Curitiba, v. 9, n. 33, p.533-547, Jul/Set. 2004.

AMORIM FILHO, Agnelo. As Ações Constitutivas e os Direitos Potestativos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 216, n. 760-762, p. 23-31, out./dez. 1966.

\_\_\_\_\_. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista dos Tribunais**, v. 744, n. 86, p. 725-750, out. 1997

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luíz Roberto (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1998. Saraiva, 1988.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 10 set. 2013.

\_\_\_\_\_. **Código Civil**. Lei n.º 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/13071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm) Acesso em 10 set. 2013.

\_\_\_\_\_. **Código Civil**. Lei n.º 10.403 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm) Acesso em 10 set 2013.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil**. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm) Acesso em 10 set 2013.

\_\_\_\_\_. **Código Penal.** Decreto-Lei n.º 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm) Acesso em 14 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. **Código Tributário Nacional.** Lei 5.172 de 25 de outubro de 1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm) Acesso em 13 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Decreto 20.910 de 06 de janeiro de 1932. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Antigos/D20910.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D20910.htm) Acesso em 13 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei 4.717 de 26 de junho de 1965. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm) Acesso em 13 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei 8.112 de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm) Acesso em 10 set. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei 8.429 de 02 de junho de 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm) Acesso em 13 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei 9.494 de 10 de setembro de 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9494.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9494.htm) Acesso em 13 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm) Acesso em 10 set. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei 9.873 de 23 de novembro de 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9873.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9873.htm) Acesso em 14 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AgR no AREsp n.º 38.294. Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial. Administrativo. Processual Civil. Prescrição. Art. 1º do decreto n. 20.910/32. Norma especial que prevalece sobre lei geral. Inaplicabilidade do código civil. Prazo quinquenal. Acórdão recorrido em consonância com jurisprudência do STJ. Óbice da súmula 83 do STJ. Verifica-se que o Tribunal a quo decidiu de acordo com jurisprudência desta Corte, no sentido de que o prazo prescricional referente à pretensão de reparação civil contra a Fazenda Pública é quinquenal, conforme previsto no art. 1º do Decreto-Lei n. 20.910/1932, e não trienal, nos termos do art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil de 2002, que prevê a prescrição em pretensão de reparação civil. Incidência da Súmula 83 do STJ. Agravo regimental improvido. Agravante: União. Agravado: Marcelo Adriano Ferreira. Relator Ministro Humberto Martins. Julgado em: 07 mar. 2013. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=38294&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC1](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=38294&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC1) Acesso em 20 set. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 1.217.922. Recurso Especial. Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Prescrição. Decreto 20.910/1932. Advento do Código Civil de 2002. Redução do prazo prescricional para três anos. 1. O legislador estatuiu a prescrição quinquenal em benefício do Fisco e, com manifesto objetivo de favorecer ainda mais os entes públicos, estipulou que, no caso de eventual existência de prazo prescricional menor a incidir em situações específicas, o de cinco anos seria afastado nesse particular. Inteligência do art. 10 do Decreto 20.910/1932.2. O prazo prescricional de três anos relativo à pretensão de reparação civil - art. 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002 - prevalece sobre o quinquênio previsto no art. 1º do Decreto 20.910/32. Precedentes do STJ.3. Recurso Especial provido. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Aminofarma Produtos Hospitalares Ltda. Relator Ministro Herman Benjamin. Julgado em 22 mar. 2011. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=1217933&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1217933&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#) Acesso em 20 set. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AgR no AI n.º 993.527. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. Administrativo. Lei de improbidade administrativa. Prescrição. 1. "A norma constante do art. 23 da Lei n. 8.429 regulamentou especificamente a primeira parte do § 5º do art. 37 da Constituição Federal. À segunda parte, que diz respeito às ações de ressarcimento ao erário, por carecer de regulamentação, aplica-se a prescrição vintenária preceituada no Código Civil (art. 177 do CC de 1916)"- REsp 601.961/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 21.08.07.2. Agravo regimental não provido. Agravante: Clodemar João Christianetti Ferreira. Agravado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator Ministro Castro Meira. Julgado em: 19 ago. 2008. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&processo=993527&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=993527&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO) Acesso em: 20 set. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. MS.n.º 25.963. Mandado de Segurança. Servidor Público. Funcionário. Aposentadoria. Cumulação de gratificações. Anulação pelo Tribunal de Contas da União - TCU. Inadmissibilidade. Ato julgado legal pelo TCU há mais de cinco (5) anos. Anulação do julgamento. Inadmissibilidade. Decadência administrativa. Consumação reconhecida. Ofensa a direito líquido e certo. Respeito ao princípio da confiança e segurança jurídica. Cassação do acórdão. Segurança concedida para esse fim. Aplicação do art. 5º, inc. LV, da CF, e art. 54 da Lei federal nº 9.784/99. Não pode o Tribunal de Contas da União, sob fundamento ou pretexto algum, anular aposentadoria que julgou legal há mais de 5 (cinco) anos. Impetrante: Maria Helena Jaime. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator Ministro Cezar Peluso. Julgado em 23 out. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2825963%2E%2E+OU+25963%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bgtrws4>. Acesso em: 20 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. MS n.º 26.210. Mandado de segurança. Tribunal de contas da união. Bolsista do CNPQ. Descumprimento da obrigação de retornar ao país após término da concessão de bolsa para estudo no exterior. Ressarcimento ao erário. Inocorrência de prescrição. Denegação da segurança. I - O beneficiário de bolsa de estudos no exterior patrocinada pelo Poder Público, não pode alegar desconhecimento de obrigação constante no contrato por ele subscrito e nas normas do órgão provedor. II - Precedente: MS 24.519, Rel. Min. Eros Grau. III - Incidência, na espécie, do disposto no art. 37, § 5º, da Constituição

Federal, no tocante à alegada prescrição. IV - Segurança denegada. Impetrante: Tania Costa Tribe. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em: 04 set. 2008. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2826210%2ENUM%2E+OU+26210%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c5z7ssb>  
Acesso em 20 set. 2013

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. AgR no AI n.º 819.135. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. Direito Administrativo. dano ao erário e artigo 37, § 5º, da CF. Imprescritibilidade. Precedentes. Pretensão de rejugamento da causa pelo plenário e alegação de necessidade de demonstração do dano concreto para impor condenação ao ressarcimento em razão do dano causado à Administração Pública. Submissão da matéria a reexame pelo plenário do Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental provido, determinando-se o processamento do recurso obstado na origem. 1. O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência assente no sentido da imprescritibilidade das ações de ressarcimentos de danos ao erário. [...] 2. Agravo regimental. Pleito formalizado no sentido de submeter o tema a reexame do Plenário da Corte. Cabimento da pretensão, porquanto entendo relevante a questão jurídica e aceno com a necessidade de reapreciação da matéria pelo Supremo Tribunal Federal. 3. Agravo regimental provido, determinando-se o processamento do recurso extraordinário obstado pelo Tribunal de origem. Agravante: José Augusto da Silva Ramos. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 28 mai. 2013. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28819135%2ENUM%2E+OU+819135%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kjswc>  
po Acesso em 20 set. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RG no RE n.º 669.069. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Administrativo. Pretensão de ressarcimento ao erário. Prescrição. Interpretação da ressalva final prevista no artigo 37, § 5º, da Constituição Federal. Existência de repercussão geral. Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário no qual se discute o alcance da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário prevista no artigo 37, § 5º, da Constituição Federal. Recorrente: União. Recorrido: Viação Três Corações Ltda. e Luiz Cláudio Salles da Luz. Relator: Ministro Teori Zavascki. Julgado em 02 ago. 2013. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28669069%2ENUM%2E+OU+669069%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/or9l2h4>  
Acesso em: 20 set. 2013

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. TCE n.º 031.986/2010-2. Tomada de Contas Especial. Irregularidades na execução de contratos. Indícios de dano aos cofres da Funasa. Realização de citações. Apresentação de alegações de defesa. Descaracterização do débito. Ausência de pressupostos de constituição da TCE. Arquivamento dos autos. Relator: Ministro José Jorge. Julgado em: 02 out. 2012. Disponível em:

<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-111319&texto=50524f43253341333139383632303130322a&sort=DTRELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO->

LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0 Acesso em: 20 set. 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil**. V. 1. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal Anotada**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAHALI, Yussef Said. **Prescrição e Decadência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del nuevo processo civil italiano**. Traduzido por Jaime Guasp. Barcelona: Bosch, 1942.

CARNACCHIONE, Daniel Eduardo. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CASTARDO, Hamilton Fernando. **Dicionário Jurídico-tributário Castardo**: terminologia jurídica, vocábulos, locuções e expressões. Campinas: Millennium, 2006.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual civil**. v. 1. Traduzido por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Hermenêutica Constitucional*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do Nascimento. **Tratado de Direito Constitucional**. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COUTO E SILVA, Almiro. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]**. Porto Alegre. v. 27, n.º 57, p. 13-32, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. v. IV. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

\_\_\_\_\_. Prescrição da Falta Administrativa. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 544, p. 11-26, fev. 1981.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. v. 1. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012.

\_\_\_\_\_. O Direito de Ação como Complexo de Situações Jurídicas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 210, n. 37. p. 41-56, ago. 2012

\_\_\_\_\_. **Pressupostos Processuais e Condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Teoria Geral do Direito Civil. v. 1. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**: Teoria Geral. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERRAZ, Luciano. Segurança Jurídica Positivada: Interpretação, Decadência e Prescritibilidade. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 22, jun./ jul./ ago. 2010. Disponível em [www.direitodoestado.com/revista/RERE-22-JUNHO-2010-LUCIANO-FERRAZ.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-22-JUNHO-2010-LUCIANO-FERRAZ.pdf) Acesso em 19 de novembro de 2013.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Comentários à Constituição de 1988**. v. 1. Campinas: Julex Livros: 1989.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 16. ed. atual. por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte geral**. v. 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação de Improbidade Administrativa: Decadência e Prescrição. **Interesse Público**, Porto Alegre, ano 7, nº. 33, p. 55-92, set./out. 2005.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Enciclopédia das ciências filosóficas em compêndio**. v. 1. Traduzido por José Machado. São Paulo: Loyola, 1995.

HORCAIO, Ivan. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Primeira Impressão, 2008.

KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Traduzido por Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Traduzido por João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LEAL, Antônio Luís da Câmara. **Da Prescrição e da Decadência**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. Direitos Fundamentais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do Nascimento. **Tratado de Direito Constitucional**. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. v. 1. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MITIDIERO, Daniel Francisco. Polêmica sobre a teoria dualista da ação (ação de direito material - "ação" processual): uma resposta a Guilherme Rizzo Amaral. **Gênesis - Revista De Direito Processual Civil**, Curitiba, v. 9, n. 34, p.690-696, Out/Dez. 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil: Parte Geral**. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 2. ed. atual. rev. e aument. São Paulo: Malheiros, 2003.



NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, FR: Assembléia Geral das Nações Unidas, 1948.

NASSAR, Elody. **Prescrição na Administração Pública**. São Paulo: Saraiva, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NOGUEIRA DA SILVA, Paulo Napoleão. **Breves Comentários à Constituição Federal**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

PATTERSON, William Andrade. Prescrição Administrativa. In: SANTOS, J. M. de Carvalho (Org.). **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro**. v. 39. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. 1. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Art. 37, incisos e parágrafos. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Org.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado: Parte geral**. v. 5. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Privado: Parte geral**. v. 6. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

REICHELDT, Luis Alberto. O conteúdo da garantia do contraditório no direito processual civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 162, n. 33, p. 330-351, ago. 2008.

SANTOS, Guilherme Luis Quaresma Batista. Algumas notas sobre o contraditório no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 194, n. 36, p. 69-97, abr. 2011.

SANTOS, Moacir Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. V. I. 9. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1981.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Carmén Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

SICHES, Luis Recasens. **Vida Humana, Sociedad y Derecho: Fundamentación de la filosofía del derecho**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2000. Disponível em: <http://www.biblioteca.org.ar> Acesso em: 11 setembro 2013.

SILVA, De Plácito. **Vocabulário Jurídico**. 28. ed. atual. por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SILVA, José Afonso da. Constituição e Segurança Jurídica. In: ROCHA, Carmén Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

\_\_\_\_\_. **Comentário Contextual à Constituição**. 7. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Ovídio A. Baptista; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. v. 798, p. 23-50, 2002.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança Jurídica e Jurisprudência**: um enfoque filosófico-jurídico. São Paulo, LTr, 1996.

SOUZA, Thiago Igor de Paula. Prescrição do dano ao erário: uma leitura do § 5º do art. 37 da Constituição. **Revista TCEMG**. out./nov./dez. 2012.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TESHEINER, José Maria Rosa. Ação e Direito Subjetivo. Porto Alegre: **Academia Brasileira de Direito Processual**, [Data]. Disponível em: [www.abdpc.org.br/abdpc/artigos](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos)  
Acesso em: 16 Outubro 2013.

THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. v. I, 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TOURINHO, Rita. A Prescrição e a Lei de Improbidade Administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, n. 12, p. 01-08, out./nov./dez. 2007.

VALIM, Rafael. **O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo brasileiro**. 2009. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: [www.dominipublico.mec.gov.br](http://www.dominipublico.mec.gov.br) Acesso em: 19 setembro 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Parte Geral. v. 1. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**: Teoria Geral do Processo de conhecimento. v. 1. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

**ANEXO A – MANDADO DE SEGURANÇA N.º 26.210**

04/09/2008

TRIBUNAL PLENO

**MANDADO DE SEGURANÇA 26.210-9 DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR** : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**  
**IMPETRANTE(S)** : TANIA COSTA TRIBE  
**ADVOGADO(A/S)** : MAURÍCIO ZOCKUN E OUTRO(A/S)  
**IMPETRADO(A/S)** : TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. BOLSISTA DO CNPq. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE RETORNAR AO PAÍS APÓS TÉRMINO DA CONCESSÃO DE BOLSA PARA ESTUDO NO EXTERIOR. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

I - O beneficiário de bolsa de estudos no exterior patrocinada pelo Poder Público, não pode alegar desconhecimento de obrigação constante no contrato por ele subscrito e nas normas do órgão provedor.

II - Precedente: MS 24.519, Rel. Min. Eros Grau.

III - Incidência, na espécie, do disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, no tocante à alegada prescrição.

IV - Segurança denegada.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente), na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, indeferir a segurança, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia e, neste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Presidente)

Brasília, 4 de setembro de 2008.

**RICARDO LEWANDOWSKI - RELATOR**



04/09/2008

TRIBUNAL PLENO

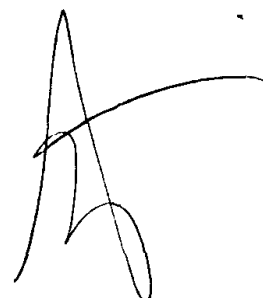
**MANDADO DE SEGURANÇA 26.210-9 DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR** : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**  
**IMPETRANTE(S)** : TANIA COSTA TRIBE  
**ADVOGADO(A/S)** : MAURÍCIO ZOCKUN E OUTRO(A/S)  
**IMPETRADO(A/S)** : TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

**R E L A T Ó R I O**

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado por TANIA COSTA TRIBE, contra decisão do Tribunal de Contas da União consubstanciada no Acórdão 2.967/2005, por meio do qual foi condenada ao pagamento da importância de R\$ 167.021,15 (cento e sessenta e sete mil, vinte e um reais e quinze centavos), atualizada monetariamente e acrescida de juros de mora, calculados a partir de 18/9/2001, a título de devolução de valores em decorrência do descumprimento da obrigação de retornar ao País após o término da concessão da bolsa de estudos no exterior.

Informa a impetrante ter obtido bolsa integral junto ao Conselho Nacional de Pesquisas (CNPq) para obter o doutorado na *University of Essex*, na Inglaterra, tendo preenchido, na ocasião, formulário de solicitação de bolsa no exterior em que constava, em letras miúdas e na parte final do documento, declaração de ciência das normas e procedimentos aplicáveis.

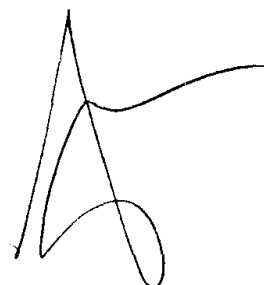


Alega não ter tomado conhecimento, à época, da obrigação de retorno ao País, tampouco do teor das resoluções vigentes naquele momento.

Assevera que, após cerca de sete anos da conclusão e entrega de sua tese de doutorado, o CNPq, por carta assinada pelo Coordenador Geral de Fomento, exigiu um exemplar da tese e do respectivo diploma. Em seguida, foi-lhe comunicada a abertura de processo administrativo para a cobrança de valores pagos pelo Conselho no decorrer da vigência da bolsa de estudos.

Declara ter apresentado defesa administrativa perante o CNPq, que não foi acolhida, bem como impugnação perante o Tribunal de Contas da União, em Tomada de Contas Especial, que culminou com a decisão ora atacada.

Sustenta a ocorrência de prescrição, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/32, que estabelece o prazo de cinco anos para cobrança de dívida por parte dos entes públicos, considerando que o CNPq deveria ter iniciado a cobrança desses valores tão logo o prazo de vigência da bolsa tivesse se encerrado, o que ocorreu em agosto de 1992.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized capital letter 'A' followed by a horizontal line and a loop.

No mérito, argumenta que a declaração por ela assinada de que estava ciente das normas e procedimentos apresentados, constante do formulário de solicitação de bolsa no exterior, configura hipótese de cláusula abusiva de contrato de adesão, sendo, por isso, manifestamente nula.

Alega, mais, que a decisão do TCU agride a segurança jurídica, e que a obrigação a ela imposta foi aplicada ao arrepio dos princípios da boa-fé e da moralidade administrativa.

Nesses termos, pede a concessão da ordem em especial tendo em conta a ocorrência da prescrição da cobrança dos valores exigidos por meio do Acórdão 2.967/2005 do Tribunal de Contas da União.

Alternativamente, requer que se reconheça a inexistência de relação jurídica entre as partes que tenha por objeto exigir o retorno da impetrante ao País, por força do contrato de concessão de bolsa de estudos celebrado com o CNPq, bem como a devolução dos valores por ela recebidos.





MS 26.210 / DF

Pleiteia, por fim, seja a autoridade impetrada condenada à abstenção da prática de qualquer ato tendente a fazer cumprir os comandos contidos no referido Acórdão (fl. 15).

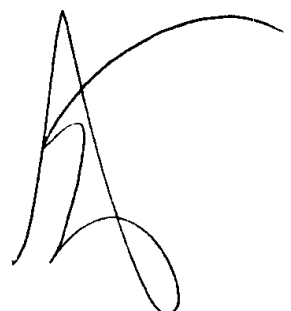
Indeferi o pedido de liminar (fls. 129-131), oportunidade em que destaquei o seguinte trecho do voto do Ministro Relator no TCU:

*"Este é mais um dos casos em que o governo federal, investindo recursos no desenvolvimento da qualificação profissional de seus cidadãos, vê frustrada a consequência esperada, qual seja, a disseminação deste conhecimento em solo pátrio. Ainda que possam existir motivos de ordem pessoal a justificar a permanência destes nacionais em terras estrangeiras, após finda a fase de qualificação profissional, não há como deixar de constatar que o objetivo pretendido com a ação governamental deixou de ser atendido: o interesse nacional na qualificação dos quadros profissionais pátrios."*

Requisitadas informações, foram elas prestadas (fls. 136-145).

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da segurança (fls. 154-158).

É o relatório.



04/09/2008

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.210-9 DISTRITO FEDERALV O T O

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI** (Relator) - Não vislumbro a ocorrência de direito líquido e certo da impetrante apto a autorizar a concessão da segurança.

Com efeito, este Tribunal já se manifestou no sentido de que "o beneficiário de bolsa de estudos no exterior, às expensas do Poder Público, não pode alegar o desconhecimento de obrigação prevista em ato normativo do órgão provedor" (MS 24.519, Rel. Min. Eros Grau).

Destaco, a propósito, o seguinte trecho do voto do Ministro Eros Grau:

"O CNPq tem por missão institucional fomentar o desenvolvimento científico e tecnológico nacional, mediante a promoção de diversos incentivos à atividade acadêmica. O custeio de bolsas de estudo no exterior é justificável na medida em que ao País sejam acrescidos os frutos resultantes do aprimoramento técnico-científico dos nacionais beneficiados. Daí porque não se admite que o beneficiário de recursos públicos para o custeio de seus estudos no exterior lá fixe residência, buscando colocação no mercado de trabalho, sem compensar a sociedade brasileira, que financiou a sua formação".



Ora, no momento em que a impetrante solicitou bolsa de estudo para o exterior, preenchendo o formulário com essa finalidade, que tem natureza contratual, assumiu o compromisso de cumprir com os deveres a ela atribuídos em razão dessa concessão.

E, dentre as obrigações constantes das normas vigentes à época encontrava-se o dever de retornar ao Brasil quando ela findasse o curso de doutorado, sob pena de ressarcimento dos recursos públicos que recebeu para tal finalidade, nos termos do item 3 da Resolução 114/91 e do item 5.7 da Resolução Normativa 5/87, transcritos pela impetrante em sua inicial, e não me parece exigível lei formal para estabelecer as condições mediante as quais seriam repassados os recursos.

Ademais, conforme consta dos autos, em documento juntado pela própria impetrante, ciente da aprovação de sua solicitação, ela requereu todos os benefícios concedidos pelo CNPq, **inclusive a passagem de volta** (fl. 25).

No que tange à alegada ocorrência de prescrição, incide, na espécie, o disposto no art. 37, § 5º, da Constituição de 1988, segundo o qual:



MS 26.210 / DF

"§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, **ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento**" (grifos nossos).

Considerando-se ser a Tomada de Contas Especial um processo administrativo que visa a identificar responsáveis por danos causados ao erário, e determinar o ressarcimento do prejuízo apurado, entendo aplicável ao caso sob exame a parte final do referido dispositivo constitucional.

Nesse sentido é a lição do Professor José Afonso da Silva:

"A prescritibilidade, como forma de perda da exigibilidade de direito, pela inércia de seu titular, é um princípio geral de direito. Não será, pois, de estranhar que ocorram prescrições administrativas sob vários aspectos, quer quanto às pretensões de interessados em face da Administração, quer quanto às desta em face de administrados. Assim é especialmente em relação aos ilícitos administrativos. Se a Administração não toma providência à sua apuração e à responsabilização do agente, a sua inércia gera a perda do seu *ius persecuendi*. É o princípio que consta do art. 37, § 5º, que dispõe: 'A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, **ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento**'. Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário. É uma



MS 26.210 / DF

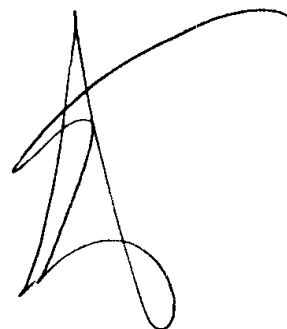
ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (dormientibus non succurrit ius)".<sup>1</sup>

Ademais, não se justifica a interpretação restritiva pretendida pela impetrante, segundo a qual apenas os agentes públicos estariam abarcados pela citada norma constitucional, uma vez que, conforme bem apontado pela Procuradoria-Geral da República, tal entendimento importaria em injustificável quebra do princípio da isonomia.

Com efeito, não fosse a taxatividade do dispositivo em questão, o ressarcimento de prejuízos ao erário, a salvo da prescrição, somente ocorreria na hipótese de ser o responsável agente público, liberando da obrigação os demais cidadãos. Tal conclusão, à evidência, sobre mostrar-se iníqua, certamente não foi desejada pelo legislador constituinte.

Isso posto, denego a segurança.

É como voto.



---

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 673.

04/09/2008

TRIBUNAL PLENO

**MANDADO DE SEGURANÇA 26.210-9 DISTRITO FEDERAL**

**VOTO**

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Senhor Presidente, o Ministro Ricardo Lewandowski teve a generosidade de citar o Mandado de Segurança nº 26.210. Por coincidência, há muitos anos, presidi a área de Direito do CNPq e da Capes e me lembro bem de bolsistas que foram e voltaram para engrandecer a Universidade e o Poder Judiciário.

Para completar o meu raciocínio, digo apenas que a boa-fé não pode se prestar a justificar o enriquecimento sem causa de quem quer que seja.

Acompanho o Relator.

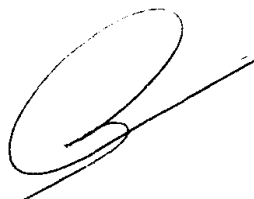


**04/09/2008****TRIBUNAL PLENO****MANDADO DE SEGURANÇA 26.210-9 DISTRITO FEDERAL**VOTO

**O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO** - Senhor Presidente, faço, de logo, um elogio ao Doutor Maurício Zockun, que fez uma defesa vibrante, bem-fundamentada, bem-exposta.

Agora, tendo a acompanhar o eminente Relator, no seu brilhante voto, porque entendo que, primeiro, a relação jurídica em causa atravessou as duas Constituições. Começou com uma, mas o fato é que o desembolso de boa parte dos recursos em prol da impetrante, então bolsista, se fez já no curso da atual Constituição.

Depois me parece que esse tipo de relação jurídica de financiamento ou concessão de bolsa de estudos no exterior incorpora um elemento lógico, mais do que de pertinência, de verdadeira inerência: o financiado retornar ao país para aplicar os conhecimentos obtidos lá fora. Obtidos por efeito de investimento público. O poder público investiu na candidata, na bolsista ora impetrante. Com que propósito? Para se valer, para tirar proveito do conhecimento que ela obteria no exterior por efeito desse financiamento público. Vale dizer, o retorno ao país mantém com esse tipo de relação jurídica mais do que um vínculo lógico de



MS 26.210 / DF

pertinência, um vínculo de inerência; ou seja, é da natureza da relação jurídica a exigência do retorno do aluno ao país após o financiamento do seu curso.

Eu teria apenas uma dúvida, Ministro Ricardo Lewandowski, em face da nossa Súmula nº 03, cujo teor é o seguinte:

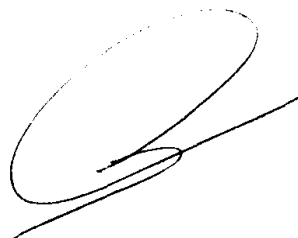
*"Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão."*

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR)** - Não, essa matéria não foi ventilada, mas o processo de tomada de contas especial tem o rito próprio.

**O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO** - Não foi ventilada. Não faz parte da causa de pedir, não integra o rol dos fundamentos.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR)** - Exatamente.

**O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO** - Então, afastado esse aspecto da nossa Súmula nº 03, acompanho o eminente Relator também para denegar a segurança.





04/09/2008

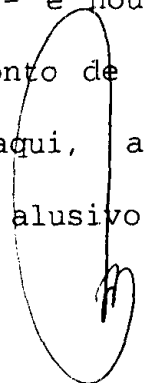
TRIBUNAL PLENO

**MANDADO DE SEGURANÇA 26.210-9 DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, em primeiro lugar, observo que a apuração do débito resultou de tomada de contas. E a tomada de contas se faz relativamente aos administradores do órgão. Em segundo lugar, não compreendo a parte final do § 5º do artigo 37 da Constituição Federal como a encerrar a imprescritibilidade das ações considerada a dívida passiva da União. Não. A ressalva remete à legislação existente e recepcionada pela Carta de 1988; a ressalva remete à disposição segundo a qual prescrevem as ações, a partir do nascimento destas, em cinco anos, quando se trata - repito - de dívida passiva da Fazenda. E isso homenageia a almejada segurança jurídica: a cicatrização de situações pela passagem do tempo.

Então, o que verifico? Verifico que, se a própria beneficiária da bolsa claudicou, não retornando ao Brasil como se comprometera, os dirigentes do CNPq é que teriam inobservado a cláusula alusiva à bolsa, deixando de promover a cobrança do ressarcimento, o reembolso das despesas efetuadas.

Indago: é possível, passados os cinco anos, eleger-se a beneficiária da bolsa como a responsável pelas contas - e houve tomada de contas pelo Tribunal de Contas da União - a ponto de se ressuscitar, no tocante a ela - não me refiro, aqui, aos administradores, presente a tomada de contas -, um débito alusivo a



MS 26.210 / DF

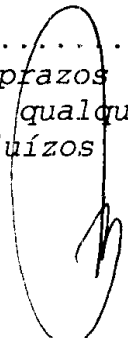
essa mesma bolsa? Não. Penso que, no caso, houve a prescrição de possível ação - e os pronunciamentos do Tribunal de Contas da União, reconhecendo o débito, têm força de título executivo extrajudicial - contra a beneficiária da bolsa pela passagem do tempo, pela passagem dos cinco anos.

Não adentro, portanto, a questão referente à possível responsabilidade dos dirigentes do CNPq, no que silenciaram, sabendo do término do curso - e presumo o que normalmente ocorre - de pós-graduação, do prazo para a apresentação de tese, diante da ausência de retorno da bolsista ao Brasil, e deixaram de acionar a Advocacia-Geral da União para o ingresso de ação visando a cobrar o que devido. E a ação surgiu exercitável naquele momento em que, conforme está na própria cláusula, encerrado o curso com a apresentação de tese, não houve o retorno - não sei se, posteriormente, retornou a bolsista ao Brasil.

**A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE** - Pela inicial, ela tem endereço na Inglaterra.

**O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO** - Acompanharia Vossa Excelência se o § 5º do artigo 37, ao cuidar de imprescritibilidade - vamos chamar assim -, não fosse além da figura do agente administrativo, porque estabelece:

"Art. 37 - .....  
§ 5º - a lei estabelecerá os prazos e  
prescrição para ilícitos praticados por qualquer  
agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao  
erário..."



Então, diante dessa regra...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas a minha premissa é outra. Não coloco na mesma vala a situação patrimonial alusiva ao ressarcimento e outras situações em que a Constituição afasta a prescrição. O constituinte de 1988 foi explícito, em certos casos, quanto à ausência de prescrição. Aqui, não. Não posso conceber que simplesmente haja o constituinte de 1988 deixado sobre a cabeça de possíveis devedores do erário, inclusive quanto ao ressarcimento por ato ilícito, praticado à margem da ordem jurídica, uma ação exercitável a qualquer momento.

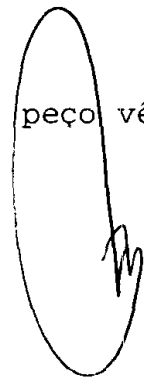
**O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO** - O meu raciocínio realmente é o de que, em se tratando de ressarcimento, as respectivas ações são imprescritíveis.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não chego a esse ponto. As nossas premissas são diversas.

**O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO** - Sim. São diferentes.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não quanto ao conhecimento da obrigatoriedade, considerada até a ordem natural das coisas. Tem uma força incrível a cláusula genérica pela qual ela se declarou ciente dos parâmetros da concessão da bolsa. Evidentemente, ela tinha conhecimento e deveria reembolsar o CNPq.

Mas, levando em conta a passagem do tempo, peço vênica para conceder a ordem.



**04/09/2008****TRIBUNAL PLENO****MANDADO DE SEGURANÇA 26.210-9 DISTRITO FEDERAL****VOTO****O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - A**

matéria envolve tema constitucional, que diz com o art. 37 da Constituição Federal. Concorde integralmente com todas as demais ponderações e argumentos do eminente Relator, mas gostaria de fazer uma ressalva em relação à interpretação do art. 37, § 5º.

Esta norma estabelece claramente uma exceção – eu diria, exceção marcante - em relação a princípio jurídico universal: o princípio de limitação do prazo de exercício de todas as pretensões, porque é este requisito de segurança jurídica. Há larga discussão em doutrina sobre as ações declaratórias, para saber se seriam ou não imprescritíveis, mas a regra geral, como princípio universal, formulado em benefício da paz social e da segurança jurídica, é que todas as pretensões estão sujeitas à prescrição, e alguns direitos, sujeitos à decadência. Então, em se tratando de exceção a uma regra de tão amplo alcance, teria de ser interpretada, já desse ponto de vista, estritamente.

Em segundo lugar, o que me parece claro dessa regra - com o devido respeito - é que se trata de uma exceção à previsão de prescrição para ilícitos, ou seja, há aqui segunda exceção, normativa, uma exceção de segundo



**MS 26.210 / DF**

grau, que é de abrir ressalva à prescritibilidade em relação aos ilícitos praticados por qualquer agente, que, seja servidor ou não, cause prejuízo ao Erário.

Isso significa, no meu entender, que em primeiro lugar, a hipótese excepcional não é de qualquer ilícito, sobretudo não é de ilícito civil. Aliás, o próprio Tribunal de Contas da União, ao prestar informações, invoca acertada doutrina que, provavelmente citada nos seus acórdãos, diz o seguinte:

“A Constituição Federal colocou fora do campo de normatização da Lei o prazo prescricional da ação de ressarcimento referente a prejuízos causados ao erário, só podendo a lei estabelecer o prazo prescricional para os ilícitos, como tal podendo-se entender os crimes.”

Noutras palavras, as ações relativas a crimes são prescritíveis, não, porém, as respectivas ações de ressarcimento. Respectivas do quê? Dos crimes, isto é, as ações tendentes a reparar os prejuízos oriundos da prática de crime danoso ao Erário. Este o sentido lógico do adjetivo “respectivos”. Não se trata, portanto, de qualquer ação de ressarcimento, senão apenas das ações de ressarcimento de danos oriundos de ilícitos de caráter criminal. Aí se entende, então, o caráter excepcional da regra da imprescritibilidade. Por quê? Porque é caso do ilícito mais grave na ordem jurídica. E a Constituição, por razões soberanas, entendeu que, nesse caso, cuidando-se de delitos, no sentido criminal da palavra, as respectivas ações de ressarcimento não prescrevem, conquanto prescrevam as demais ações nascidas do ilícito penal.

Ora, no caso - a mim, parece-me -, não há crime nenhum. De modo que não se aplicaria o princípio. Mas considero que, sendo hipótese de

**MS 26.210 / DF**

tomada de contas e de apuração do crédito da União, há sérias dúvidas a respeito da data do nascimento da pretensão. A meu ver, essa matéria deve ser mais bem elucidada no campo próprio, que é o da ação de execução fiscal.

Assim, com esta ressalva e a devida vênia do eminente Ministro Marco Aurélio, acompanho o eminente Relator, denegando a segurança, porque não me parece configurado caso típico de prescrição. E pelo fato de a segurança ser apenas denegada, tal matéria poderá, ainda que se não fizesse tal ressalva, ser rediscutida na ação própria de cobrança.

Com esta ressalva e pedindo vênia mais uma vez, acompanho o eminente Relator e também denego a segurança.



**PLENÁRIO****EXTRATO DE ATA****MANDADO DE SEGURANÇA 26.210-9**

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

**RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**

IMPTE.(S): TANIA COSTA TRIBE


ADV.(A/S): MAURÍCIO ZOCKUN E OUTRO(A/S)

IMPDO.(A/S): TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

**Decisão:** O Tribunal, por maioria, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, indeferiu a segurança, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente. Falaram, pela impetrante, o Dr. Maurício Zockun e, pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza. Ausentes, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia e, neste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Presidente). Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente). Plenário, 04.09.2008.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes.  
Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Menezes Direito.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.



Luiz Tomimatsu  
Secretário

**ANEXO B – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º  
819.135.**



28/05/2013

PRIMEIRA TURMA

**AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 819.135 SÃO PAULO**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. LUIZ FUX</b>
<b>AGTE.(S)</b>	<b>: JOSÉ AUGUSTO DA SILVA RAMOS</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: LUÍS JUSTINIANO DE ARANTES FERNANDES E OUTRO(A/S)</b>
<b>AGDO.(A/S)</b>	<b>: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: JOSÉ DE FILIPPI JUNIOR</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: ELAINE D'ÁVILA COELHO E OUTRO(A/S)</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: MICHAEL MARY NOLAN</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: NIVALDO SILVA TRINDADE E OUTRO(A/S)</b>

**EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO. DANO AO ERÁRIO. ARTIGO 37, §5º, DA CF. IMPRESCRITIBILIDADE. PRECEDENTES. PRETENSÃO DE REJULGAMENTO DA CAUSA PELO PLENÁRIO E ALEGAÇÃO DE NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE DANO CONCRETO PARA SE IMPOR A CONDENAÇÃO AO RESSARCIMENTO EM RAZÃO DO DANO CAUSADO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SUBMISSÃO DA MATÉRIA A REEXAME PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO, DETERMINANDO-SE O PROCESSAMENTO DO RECURSO OBSTADO NA ORIGEM.**

1. O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência assente no sentido da imprescritibilidade das ações de ressarcimentos de danos ao erário. Precedentes: MS n.º 26210/DF, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, 10.10.2008; RE n.º 578.428/RS-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe 14.11.2011; RE n.º 646.741/RS-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe 22.10.2012; AI n.º 712.435/SP-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe 12.4.2012.

2. Agravo regimental. Pleito formalizado no sentido de submeter o

**AI 819135 AGR / SP**

tema a reexame do Plenário da Corte. Cabimento da pretensão, porquanto entendo relevante a questão jurídica e aceno com a necessidade de reapreciação da matéria pelo Supremo Tribunal Federal.

3. Agravo regimental provido, determinando-se o processamento do recurso extraordinário obstado pelo Tribunal de origem.

**A C Ó R D ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em dar provimento ao agravo regimental no agravo de instrumento para fazer subir o recurso extraordinário e submetê-lo ao Tribunal Pleno, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 28 de maio de 2013.

**LUIZ FUX – Relator**

*Documento assinado digitalmente*

28/05/2013

PRIMEIRA TURMA

**AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 819.135 SÃO PAULO**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. LUIZ FUX</b>
<b>AGTE.(S)</b>	<b>: JOSÉ AUGUSTO DA SILVA RAMOS</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: LUÍS JUSTINIANO DE ARANTES FERNANDES E OUTRO(A/S)</b>
<b>AGDO.(A/S)</b>	<b>: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: JOSÉ DE FILIPPI JUNIOR</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: ELAINE D'ÁVILA COELHO E OUTRO(A/S)</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: MICHAEL MARY NOLAN</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: NIVALDO SILVA TRINDADE E OUTRO(A/S)</b>

## **RELATÓRIO**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR):** A decisão mediante a qual neguei seguimento está assim redigida (folhas 850/854):

**“AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO. DANO AO ERÁRIO. ARTIGO 37, §5º. IMPRESCRITIBILIDADE. PRECEDENTES.**

**1.** São imprescritíveis as ações de ressarcimento de danos ao erário. Precedentes: MS n.º 26210/DF, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, 10.10.2008; RE n.º 578.428/RS-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe 14.11.2011; RE n.º 646.741/RS-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe 22.10.2012; AI n.º 712.435/SP-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe 12.4.2012.

**2.** *In casu*, o acórdão recorrido assentou: ‘AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LICITAÇÃO - ATO DE IMPROBIDADE - CONTRATO - DISPENSA DE LICITAÇÃO – ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA - NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO – INOCORRÊNCIA NULIDADE - IMPROCEDÊNCIA

**AI 819135 AGR / SP**

*REFORMADA.*

A contratação de escritório de advocacia ou profissional do direito por parte do Poder Público exige notória e inquestionável especialização e singularidade, sob a estrita observância da Lei de Licitação. A condição de especialização não comporta objetivo contratual que expresse abrangência de assistência jurídica geral, em todas as áreas do direito.

Improcedência reformada.

Recurso provido’.

**3. NEGO SEGUIMENTO** ao agravo.

**DECISÃO:** Cuida-se de agravo de instrumento interposto por José Augusto da Silva Ramos, com o objetivo de ver reformada a r. decisão (fls. 818/819) que inadmitiu seu recurso extraordinário manejado com arrimo na alínea *a* do permissivo Constitucional, contra acórdão prolatado pela Primeira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ementado nos seguintes termos (fl. 67), *in verbis*:

‘AÇÃO CIVIL PUBLICA - LICITAÇÃO - ATO DE IMPROBIDADE - CONTRATO - DISPENSA DE LICITAÇÃO – ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA - NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO – INOCORRÊNCIA NULIDADE - IMPROCEDÊNCIA REFORMADA.

A contratação de escritório de advocacia ou profissional do direito por parte do Poder Público exige notória e inquestionável especialização e singularidade, sob a estrita observância da Lei de Licitação. A condição de especialização não comporta objetivo contratual que expresse abrangência de assistência jurídica geral, em todas as áreas do direito.

Improcedência reformada.

*Recurso provido’.*

Opostos embargos infringentes (fls. 90-113) e embargos de declaração (fls. 115-130 e 131-147), o acórdão restou assim ementado:

**AI 819135 AGR / SP**

**‘EMBARGOS DECLARATÓRIOS – FINALIDADE INFRINGENTE – AUSÊNCIA DE REQUISITOS – CORREÇÃO DE ERRO MATERIAL – CABIMENTO.**

Os embargos declaratórios têm caráter integrativo e não admitem argumentos com finalidade infringente; no entanto, são admitidos para o fim de correção de erro material.

No caso, os embargos que objetivam correção de erro material são recepcionados neste aspecto; rejeitado o restante.

Recurso acolhido em parte, quanto aos primeiros embargos; rejeitado o segundo’.

O Tribunal de origem decidiu, portanto, pela rejeição dos embargos infringentes opostos ao acórdão que, por maioria, condenou o ora agravante pela prática do ato de improbidade administrativa do art. 10, VIII, da Lei nº 8.429/92, consistente na contratação de escritório de advocacia sem licitação, quando não evidenciada a notória especialização e singularidade do serviço.

Nas razões do apelo extremo, sustenta a preliminar de repercussão geral e, no mérito, alega violação do artigo 37, §§ 4º e 5º, da Constituição Federal.

O recorrente sustenta que as hipóteses de ressarcimento ao erário se sujeitam à prescrição quinquenal da Lei nº 4.717/65, ainda que se trate de ação visando o ressarcimento ao erário.

O órgão *a quo* negou seguimento ao apelo extremo, por entender que alegada ofensa a preceito constitucional, se houvesse, somente se verificaria de modo reflexo.

É o Relatório. **DECIDO.**

A irresignação não merece prosperar.

O entendimento adotado pelo tribunal de origem sobre a questão da imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário está em sintonia com a interpretação pacificada por este Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento do MS nº 26.210, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, decidiu pela imprescritibilidade de ações de ressarcimento de dano ao

**AI 819135 AGR / SP**

erário. Eis a ementa do acórdão paradigma:

*‘MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. BOLSISTA DO CNPq. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE RETORNAR AO PAÍS APÓS TÉRMINO DA CONCESSÃO DE BOLSA PARA ESTUDO NO EXTERIOR. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. I. O beneficiário de bolsa de estudos no exterior patrocinada pelo Poder Público, não pode alegar desconhecimento de obrigação constante no contrato por ele subscrito e nas normas do órgão provedor. II. Precedente: MS 24.519, Rel. Min. Eros Grau. III. Incidência, na espécie, do disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, no tocante à alegada prescrição. IV. Segurança denegada’.*

Nesse sentido:

*‘AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. § 5º DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO. PRECEDENTES. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS 26.210, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, decidiu pela imprescritibilidade de ações de ressarcimento de danos ao erário. 2. Agravo regimental desprovido’ (RE n.º 578.428-AgR/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe 14.11.2011).*

*‘Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Ação de ressarcimento de danos ao erário. Art. 37, § 5º, da Constituição Federal. Imprescritibilidade. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento’ (RE n.º 646.741/RS-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe 22.10.2012).*

*‘CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONCESSIONÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO. CONTRATO,*

**AI 819135 AGR / SP**

*SERVIÇOS DE MÃO-DE-OBRA SEM LICITAÇÃO. RESSARCIMENTO DE DANOS AO ERÁRIO. ART. 37, § 5º, DA CF. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. 1. As ações que visam ao ressarcimento do erário são imprescritíveis (artigo 37, parágrafo 5º, in fine , da CF). Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento' (AI n.º 712.435-AgR/SP, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe 12.4.2012).*

*Ex positis, **NEGO SEGUIMENTO** ao agravo, com fundamento no artigo 21, § 1º, do RISTF."*

Na minuta do agravo regimental, afirma-se que a decisão acima se ateve, exclusivamente, no argumento de que "são imprescritíveis as ações de ressarcimento de danos ao erário", verificando-se omissão quanto aos demais temas constitucionais suscitados nas razões do extraordinário, quais sejam, afronta aos artigos 29, 37, *caput*, e 48, X, da CF.

No que diz respeito ao tema de fundo, sustenta o recorrente a inaplicabilidade do § 5º do artigo 37 da Constituição Federal a partir do entendimento de não se estar diante da hipótese de ressarcimento ao erário como consectário de condenação por prática de improbidade administrativa. Ao contrário, estar-se-ia defronte de suposta nulidade em razão de vício de ordem estritamente formal do contrato administrativo celebrado com escritório de advocacia pela Prefeitura de Diadema sem licitação. Desse modo, a procedência da ação não seria fruto de reconhecimento de dano ao erário, mas da ausência de prestação dos serviços contratados.

O recorrente argumenta dizendo "*que a questão que se coloca é se qualquer indenização na qual o beneficiário seja a administração pública pode passar a receber o rótulo de prejuízo ao erário e ser tratada como imprescritível*". Acresce ser pretensão do recorrente que este Tribunal reconheça que, embora se admita o elastério de gravíssimos efeitos ao artigo 3º da Constituição Federal, que se exija como fundamento da condenação a



**AI 819135 AGR / SP**

ocorrência de dano efetivo ao erário.

Ressalta a inaplicabilidade do precedente MS nº 26.210, bem como dos julgados RE 578.428/AgR, RE 646.741-AgR e AI 712.435-AgR ao caso *sub examine*, porque nesses paradigmas teria havido indevida interpretação expansiva à alegada imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, devendo ser observados os votos do Ministro Marco Aurélio, vencido no julgamento MS nº 26.210, bem assim a nota lavrada pelo Ministro Cezar Peluso neste mesmo julgado, que, conquanto tenha aderido aos fundamentos do voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski, relator do mandado de segurança, fez apontamentos restringido a incidência do disposto no § 5º do artigo 37 às hipóteses de ressarcimento em virtude de condenação criminal. Destacou-se, também, o fato de o Ministro Marco Aurélio ter proferido decisão positiva no Agravo de Instrumento nº 830.628/SP, determinando a subida do recurso extraordinário, cuja decisão de inadmissibilidade foi impugnada via agravo.

Pede o provimento do agravo regimental e, uma vez processado o recurso extraordinário, submeta ao Plenário da Corte o reconhecimento da repercussão geral da questão.

É o relatório.



28/05/2013

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 819.135 SÃO PAULO

**V O T O**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR):** Preliminarmente, anoto que a alegação de ofensa aos artigos 29, 37, *caput*, e 48, X, da Constituição Federal não poderia ser conhecida, pois o tema não foi objeto da debate perante o Tribunal de origem, razão por que incidem, na espécie, os óbices das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal, dado que tardiamente a controvérsia foi suscitada nos embargos de declaração interpostos e tiveram com o escopo de suprir deficiência verificada nas razões de apelação.

A respeito da exigência do prequestionamento é importante destacar o que afirmado pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 140.623-2/RS, acórdão publicado no Diário da Justiça de 19 de setembro de 1992, quando o Ministro Sepúlveda Pertence, relator, frisou:

“Ora, o fato de não estar explícito na Constituição, não afeta a exigibilidade do prequestionamento como pressuposto do recurso extraordinário. Antiga e firme jurisprudência desta Corte o reputa da própria natureza do recurso extraordinário. Ao julgá-lo, o Tribunal **não se converte em terceiro grau de jurisdição**, mas se detém no exame do acórdão recorrido e verifica se nele a regra de direito recebeu boa ou má aplicação. Daí a necessidade de que no julgamento impugnado se tenha discutido a questão constitucional posta no extraordinário” (g.n.)

Esse entendimento é reiterado, mesmo na hipótese em que se tem a alegação de matéria de ordem pública, consoante se verifica dos seguintes julgados:

**AI 819135 AGR / SP**

“EMENTA: Trabalhista. Agravo regimental em agravo de instrumento. IPC de junho de 1987. URP de fevereiro de 1989. Limitação à data-base subsequente. Título exequendo. Art. 114 da CF. Ausência de prequestionamento. Matéria de ordem pública. Súmulas STF 282 e 356.

1. A ausência de prequestionamento do dispositivo constitucional tido como violado, porque não abordado pelo acórdão recorrido e, embora suscitado nos embargos de declaração a ele opostos, não foi apontado oportunamente na ocasião em que foram apresentadas as contra-razões ao recurso ordinário. Súmulas 282 e 356.

2. Exigência do cumprimento desse requisito recursal, ainda que a questão suscitada seja de ordem pública. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido” (RE 567.165-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 22.10.2010).

“Ementa: Agravo regimental no agravo de instrumento. Prequestionamento. Ausência. Matéria de ordem pública. Necessidade. Precedentes. 1. Não se admite o recurso extraordinário quando o dispositivo constitucional que nele se alega violado não está devidamente prequestionado. Incidência das Súmulas 282 e 356/STF. 2. Pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que, mesmo em se tratando de matéria de ordem pública, é necessário o seu exame na instância de origem para que se viabilize o recurso extraordinário. 3. Agravo regimental não provido”. (AI 836.359-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 1º.02.2012).

No mesmo sentido são os seguintes julgados: RE (Agr) nº 449.137/RS, rel. Min. Eros Grau, DJe de 04.04.2008; AI (Agr) nº 706.449/SC, rel. Min. Menezes Direito, DJe 07.11.2008; AI(AgR) 631.711/BA, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 21.11.2008; AI (AgR) nº 663.687/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 20.02.2009, *iter alia*.

Registro que, no julgamento dos Embargos de Divergência em

**AI 819135 AGR / SP**

Recurso Extraordinário nº 96.802, acórdão publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência 109/299, passou pelo crivo do Plenário desta Corte o exame da alegação de inconstitucionalidade do enunciado da Súmula 282/STF. O Ministro Alfredo Buzaid, relator, recordou à Corte que a ideia de prequestionamento tem suas raízes na Lei Judiciária norte-americana de 24.09.1789, *in verbis*:

*“(...) A doutrina prevalecente nos Estados Unidos, é que a questão federal tenha sido suscitada e resolvida pelo Tribunal do Estado. Não basta, pois, alegá-la no writ of error. É o que ainda ensina Cooley: ‘Mas para autorizar a reforma sobre aquela Lei (Lei Judiciária de 1789), força é que conste dos autos, ou expressamente ou por manifestação clara e necessária, que qualquer uma das questões enumeradas tenha surgido no tribunal do Estado e aí foi rejeitada’. A doutrina brasileira, invocando precisamente a seção nº 25 da Lei Judiciária, nunca hesitou em consagrar tal orientação” (cf. Pedro Lessa, in “Do Poder Judiciário”, p. 101; Matos Peixoto, Recurso extraordinário, página 89 e seguintes).*

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na presente ordem constitucional, ao julgamento o Recurso Extraordinário nº 128.518, relator Ministro Marco Aurélio, acórdão publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência 135/413, pontificou:

*“A exigência do prequestionamento não decorre de simples apego a determinada forma. A razão de ser está na necessidade de proceder a cotejo para, somente então, assentar-se o enquadramento do recurso no permissivo legal. Diz-se prequestionado determinado tema quando o órgão julgador haja adotado entendimento explícito a respeito, contando a parte sequiosa de ver o processo guindado a sede extraordinário com remédio legal para compeli-lo a tanto – os embargos declaratórios...”*

Outro não foi o entendimento da Corte, quando afirmou a constitucionalidade da exigência do prequestionamento como requisito

**AI 819135 AGR / SP**

de admissibilidade do extraordinário no julgamento do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 140.632/RS, de que foi relator o Ministro Sepúlveda Pertence, acórdão publicado no DJ de 18.09.1992. Aliás, Sua Excelência, sendo relator do Recurso Extraordinário nº 210.638-1/SP julgado na sessão de 14 de abril de 1998, assim pontificou sobre a indispensabilidade da interposição de embargos de declaração visando suprir omissão verificada no acórdão recorrido, *in verbis*:

*“(...) A teor da Súmula 356, o que se reputa não prequestionado é o ponto indevidamente omitido pelo acórdão primitivo sobre o qual ‘não foram opostos embargos declaratórios’. Mas, se opostos, o Tribunal a quo se recuse a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte. Não desconheço opiniões em contrário no Tribunal (cf, RE 208.639, Informativo STF nº 78). Estou, porém, data vênua, em que reclamar ainda aqui a interposição de recurso extraordinário para, reconhecida a nulidade do acórdão que se negou a completar a decisão, compelir a tanto o Tribunal a quo para só depois admitir o recurso de mérito é formalismo incompatível com a instrumentalidade, a economia e, de consequência, a efetividade do processo, cuja inadequação sob de ponto em tempos de congestionamento da Justiça como o que vivemos”.*

Quanto ao tema de fundo – imprescritibilidade das ações de ressarcimento de danos ao erário - , é importante destacar o que assentado no julgamento do Mandado de Segurança nº 26.210/DF, Tribunal Pleno, relator Ministro Ricardo Lewandowski, a respeito da cláusula do § 5º do artigo 37 da Constituição Federal, *in verbis*:

*“(...) não se justifica a interpretação restritiva pretendida pela impetrante, segundo a qual apenas os agentes públicos estariam abarcados pela citada norma constitucional, uma vez que, conforme bem apontado pela Procuradoria Geral da República, tal entendimento importaria em injustificável quebra do princípio da isonomia.*

Com efeito, não fosse a taxatividade do dispositivo em

**AI 819135 AGR / SP**

questão, o ressarcimento de prejuízo ao erário, a salvo da prescrição, somente ocorreria na hipótese de ser o responsável agente público, liberando da obrigação os demais cidadãos. Tal conclusão, à evidência, sobre mostrar-se iníqua, certamente não foi desejada pelo legislador constituinte”.

Em virtude do que decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, somente na hipóteses previstas no artigo 22, parágrafo único, alíneas “a” e “b”, do Regimento Interno, será facultado ao relator submeter novamente a questão ao crivo desta Corte, se verificar divergência entre as Turmas entre si ou alguma delas em relação ao que decidido pelo Plenário ou, quando em razão da relevância da questão jurídica convier pronunciamento do Pleno, o que não se verifica na espécie consoante acima demonstrado.

Portanto, nos termos do artigo 21, § 1º, do RISTF, tendo em conta a jurisprudência assentada pelo Plenário, ao relator deste processo era dado decidir monocraticamente a controvérsia, fazendo-o com base no voto condutor do mencionado precedente do Pleno, cujos fundamentos, acolhidos pela maioria da Corte, não foram abalados pelo voto divergente então proferido ou pela digressão do voto subscrito pelo Ministro Cezar Peluso.

No que concerne ao tema relacionado com a exigência de dano ao erário, ou não, decorrente da declaração de nulidade do contrato administrativo com escritório de advocacia, sem procedimento de licitação pública, é importante ter em consideração o que decidido pelo Tribunal de Justiça no julgamento dos embargos infringentes no recurso de apelação, cujo acórdão encontra-se às folhas 256/269, *in verbis*:

“(…) Nenhum caso se apontou que autorizasse a presunção da necessidade de um grande escritório. Prejuízo evidente para a administração pública, eis que a remuneração do quadro permanente seria menos dispendiosa e criaria uma

**AI 819135 AGR / SP**

jurisprudência doméstica mais adequada e conveniente aos interesses locais. O trabalho contínuo do corpo de advogados poderia especializar os advogados da Prefeitura e torná-los aptos ao enfrentamento de quaisquer questões.

Não se cuida de dano presumido, mas de efetivo prejuízo para a Administração Pública. O Município é entidade da federação e não pode mais resignar-se a um papel ancilar de entidade incapaz de conviver na democracia e no Estado de Direito na teia de relações que esse convívio impõe. Para bem cumprir com suas finalidades, precisa de corpo autônomo e hábil a desincumbir-se dos percalços jurídicos e judiciais inevitáveis na contemporaneidade.

Por isso é que a dispensa de licitação caracteriza irregularidade administrativa conducente à nulidade dos contratos celebrados. Além disso, tipifica a improbidade administrativa prevista no art. 10, inciso VIII, da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992 (...).

A mera leitura do preceito implica no reconhecimento de dano ao erário e de conduta reprovável. Toda ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial constitui ato de improbidade administrativa. Não é apenas o dolo o móvel do administrador. Sua imprudência, sua negligência, seu despreparo imperdoável também geram atos improbos. O dano ao erário deflui de contratação que sugere favoritismo, pois não houve condição de cotejar a oferta provável de muitos outros escritórios em igualdade de condições.

(...)

Por isso é que a apuração dos prejuízos se fará em liquidação. Não é impossível – embora dificultosa – a prova de que advogados de renome idêntico poderiam prestar o mesmo serviço por um custo menor. A população de Diadema foi prejudicada. Não pode escolher. Não se levou em consideração o custo do contrato, mas fatores outros, cujos indícios são de proteção ou escolha baseada em critérios personalíssimos.”

**AI 819135 AGR / SP**

Na minuta do agravo regimental, há pleito formalizado no sentido de submeter o tema a reexame do Plenário da Corte. Acolho a pretensão, pois entendo relevante a questão jurídica relacionada com a imprescritibilidade dos danos causados ao erário e ante o fato de o Ministro Marco Aurélio, em caso similar, ter provido o Agravo de Instrumento nº 830.628/SP, determinando a subida do recurso extraordinário.

*Ex positis*, dou provimento ao agravo regimental e de igual modo provejo o agravo de instrumento, determinando o processamento e a subida do recurso extraordinário obstado pelo Juízo da origem.



**28/05/2013**

**PRIMEIRA TURMA**

**AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 819.135 SÃO PAULO**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, é inconcebível que se tenha ação patrimonial imprescritível. Houve um enfoque, reconheço, que, considerada a regra do § 5º do artigo 37 da Carta Federal, não corresponde ao objetivo da norma.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE E RELATOR) -  
Porque salvo, não é?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Pois é.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE E RELATOR) -  
Eu lá no STJ, ...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – É inconcebível, porque, quando o legislador constituinte quis prever a imprescritibilidade, o fez quanto a certos crimes.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE E RELATOR) -  
É verdade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O que houve? Veio a constitucionalização da improbidade administrativa. Então, a seguir o § 4º prevê:

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

O § 5º tem a seguinte redação:



**AI 819135 AGR / SP**

"§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição" – porque não havia – "para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento."

Por que ressalvadas? Porque, quanto a essas, já havia o prazo prescricional.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE E RELATOR) -**  
O problema é que nós temos Pleno, não é?

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO –** Entendeu-se que essa ressalva geraria a imprescritibilidade de ação patrimonial.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE E RELATOR) -**  
Bom, de qualquer maneira, é a jurisprudência do Pleno.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

É, há alguns precedentes em mandado de segurança.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO –** Existe um precedente em mandado de segurança, relator o ministro Ricardo Lewandowski, que me lembro ter sido a matéria...

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Talvez fosse o caso de afetar o caso ao Pleno. Hoje, a Segunda Turma afetou a questão do **habeas corpus** substitutivo, pela informação que me chegou.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE E RELATOR) -**  
Ah, então, não vou nem trazer a vista.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

**AI 819135 AGR / SP**

A Segunda Turma afetou um **habeas corpus** para discutir o tema no Plenário. Esse tema, talvez, merecesse uma ...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – É um tema muito importante, Presidente. Algo que discrepa do sistema é conceber que uma ação patrimonial surja imprescritível.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Como o STJ julga isso?

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE E RELATOR) -**

Eu, no STJ, defendi que se é ação civil pública, se há prazo prescricional de cinco anos, a ação popular...

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Vossa Excelência votava no sentido dos cinco anos.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE E RELATOR) -**

Mas votava vencido.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Porque esse tema, eu mesmo, também, não enfrentei no Plenário.

**28/05/2013**

**PRIMEIRA TURMA**

**AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 819.135 SÃO PAULO**

**ADITAMENTO AO VOTO**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE E RELATOR) -**  
Eu vou afetar o agravo regimental?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não me lembro de termos discutido. Essa matéria passou batida.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE E RELATOR) -**  
Então vamos fazer o seguinte: vamos dar provimento ao agravo para levar o recurso extraordinário ao Plenário.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Damos provimento ao regimental e ao agravo de instrumento e deixamos subir o extraordinário para ser levado ao Plenário.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**  
Porque matéria constitucional, sem dúvida, há.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Fique Vossa Excelência sabendo, como relator, que o acompanharei no Plenário.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE E RELATOR) -**  
Então, eu voto no sentido de dar provimento ao agravo regimental no agravo de instrumento para fazer subir o recurso extraordinário e submetê-lo ao Plenário.



**PRIMEIRA TURMA**

**EXTRATO DE ATA**

**AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 819.135**

PROCED. : SÃO PAULO

**RELATOR : MIN. LUIZ FUX**

AGTE.(S) : JOSÉ AUGUSTO DA SILVA RAMOS

ADV.(A/S) : LUÍS JUSTINIANO DE ARANTES FERNANDES E OUTRO(A/S)

AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTDO.(A/S) : JOSÉ DE FILIPPI JUNIOR

ADV.(A/S) : ELAINE D'ÁVILA COELHO E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : MICHAEL MARY NOLAN

ADV.(A/S) : NIVALDO SILVA TRINDADE E OUTRO(A/S)

**Decisão:** A Turma deu provimento ao agravo regimental no agravo de instrumento para fazer subir o recurso extraordinário e submetê-lo ao Tribunal Pleno, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. 1ª Turma, 28.5.2013.

Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli e Rosa Weber.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Carmen Lilian Oliveira de Souza  
Secretária da Primeira Turma

**ANEXO C – REPERCUSSÃO GERAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º  
669.069**

02/08/2013

PLENÁRIO

**REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 669.069 MINAS GERAIS**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. TEORI ZAVASCKI</b>
<b>RECTE.(S)</b>	<b>: UNIÃO</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: ADVOGADO DA UNIÃO</b>
<b>RECDO.(A/S)</b>	<b>: VIAÇÃO TRÊS CORAÇÕES LTDA</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: ELIAS SOARES PEREIRA</b>
<b>RECDO.(A/S)</b>	<b>: LUIZ CLÁUDIO SALLES DA LUZ</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: ROBERTO IEMINI DE CARVALHO</b>

**EMENTA:** ADMINISTRATIVO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA RESSALVA FINAL PREVISTA NO ARTIGO 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário no qual se discute o alcance da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário prevista no artigo 37, § 5º, da Constituição Federal.

**Decisão:** O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.

Ministro TEORI ZAVASCKI  
Relator

**REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 669.069 MINAS GERAIS**

1. Trata-se de recurso extraordinário interposto em demanda objetivando a condenação da Viação Três Corações Ltda. ao pagamento de indenização por ter causado acidente em que se danificou automóvel de propriedade da União. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região confirmou a sentença que extinguiu o processo por prescrição, ao entendimento de que a ação de ressarcimento por danos causados ao erário deve observar o prazo prescricional quinquenal, não se aplicando a parte final do artigo 37, § 5º, da Constituição Federal.

No recurso extraordinário, a União sustenta, preliminarmente, a existência de repercussão geral da matéria, conforme estabelece o art. 543-A, § 2º, do CPC, asseverando a necessidade de se definir qual a correta interpretação do disposto no invocado artigo 37, § 5º da Constituição, cumprindo atentar para o princípio isonômico no tratamento em face da variada natureza da responsabilidade por danos ao erário, provocada pela variedade das formas e dos agentes causadores desses danos.

Requer, como base no dispositivo constitucional, a reforma do acórdão para que se reconheça a imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário.

Em contrarrazões, pede-se o não-conhecimento do recurso, pelo óbice da Súmula 279/STF (Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário) e, se conhecido, o seu improvimento.

2. O juízo sobre a matéria constitucional posta no recurso não está subordinado a qualquer reexame de fatos ou de provas, não havendo, portanto, o óbice alegado pelo recorrido. Presentes os demais requisitos formais de admissibilidade, conheço do recurso extraordinário e passo à análise da repercussão geral.

3. Questiona-se, à luz do § 5º do artigo 37, da Constituição Federal, o sentido e o alcance a ser dado à ressalva final do dispositivo, segundo o qual, “a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

**RE 669069 RG / MG**

4. A questão transcende os limites subjetivos da causa, havendo, no plano doutrinário e jurisprudencial, acirrada divergência de entendimentos, fundamentados, basicamente, em três linhas interpretativas: (a) a imprescritibilidade aludida no dispositivo constitucional alcança qualquer tipo de ação de ressarcimento ao erário; (b) a imprescritibilidade alcança apenas as ações por danos ao erário decorrentes de ilícito penal ou de improbidade administrativa; (c) o dispositivo não contém norma apta a consagrar imprescritibilidade alguma. É manifesta, assim, a relevância e a transcendência dessa questão constitucional.

5. Diante do exposto, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão suscitada.



**REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 669.069 MINAS GERAIS**

**PRONUNCIAMENTO**

**PRESCRIÇÃO – AÇÃO PATRIMONIAL – RESSARCIMENTO DO ESTADO – ARTIGO 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – RECONHECIMENTO NA ORIGEM DO PRAZO QUINQUENAL – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA.**

**1. O Gabinete prestou as seguintes informações:**

Eis a síntese do que discutido no Recurso Extraordinário nº 669.069/MG, da relatoria do ministro Teori Zavascki, inserido no sistema eletrônico da repercussão geral às 23 horas e 59 minutos do dia 14 de junho de 2013.

A Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ao negar provimento à Apelação nº 5634-50.2008.4.01.3809 e à remessa oficial, consignou ser quinquenal a prescrição referente à ação de indenização por prejuízos causados ao erário, não relacionados a atos de improbidade. Concluiu pela improcedência do pedido de ressarcimento de danos materiais formulado contra a empresa recorrida, provocados em virtude de acidente de trânsito envolvendo veículo dessa e da União, ante o transcurso do prazo prescricional.

Não houve interposição de embargos declaratórios.

No extraordinário, protocolado com alegada base na alínea “a” do permissivo constitucional, a União argui ofensa ao artigo 37, § 5º, do Diploma Maior. Sustenta a aplicabilidade do aludido preceito às lesões ao patrimônio público cometidas por

**RE 669069 RG / MG**

particulares, no tocante à imprescritibilidade das respectivas ações de ressarcimento, sob pena de torná-los imunes à responsabilização pelos ilícitos praticados em detrimento do Estado, diferentemente dos agentes públicos, que sempre seriam responsabilizados, em afronta ao princípio da isonomia.

Sob o ângulo da repercussão geral, afirma ultrapassar o tema o interesse subjetivo das partes, porquanto o entendimento que vier a ser formalizado repercutirá em outros casos idênticos.

A recorrida, nas contrarrazões, diz da impossibilidade de arguição de matéria fática em sede de extraordinário.

O extraordinário foi admitido na origem.

Eis o pronunciamento do ministro Teori Zavascki:

1. Trata-se de recurso extraordinário interposto em demanda objetivando a condenação da Viação Três Corações Ltda. ao pagamento de indenização por ter causado acidente em que se danificou automóvel de propriedade da União. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região confirmou a sentença que extinguiu o processo por prescrição, ao entendimento de que a ação de ressarcimento por danos causados ao erário deve observar o prazo prescricional quinquenal, não se aplicando a parte final do artigo 37, § 5º, da Constituição Federal.

No recurso extraordinário, a União sustenta, preliminarmente, a existência de repercussão geral da matéria, conforme estabelece o art. 543-A, § 2º, do CPC, asseverando a necessidade de se definir qual a correta interpretação do disposto no invocado artigo 37, § 5º da Constituição, cumprindo atentar para o princípio isonômico no tratamento em face da variada natureza da

**RE 669069 RG / MG**

responsabilidade por danos ao erário, provocada pela variedade das formas e dos agentes causadores desses danos.

Requer, como base no dispositivo constitucional, a reforma do acórdão para que se reconheça a imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário.

Em contrarrazões, pede-se o não-conhecimento do recurso, pelo óbice da Súmula 279/STF (Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário) e, se conhecido, o seu improvimento.

2. O juízo sobre a matéria constitucional posta no recurso não está subordinado a qualquer reexame de fatos ou de provas, não havendo, portanto, o óbice alegado pelo recorrido. Presentes os demais requisitos formais de admissibilidade, conheço do recurso extraordinário e passo à análise da repercussão geral.

3. Questiona-se, à luz do § 5º do artigo 37, da Constituição Federal, o sentido e o alcance a ser dado à ressalva final do dispositivo, segundo o qual, a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

4. A questão transcende os limites subjetivos da causa, havendo, no plano doutrinário e jurisprudencial, acirrada divergência de entendimentos, fundamentados, basicamente, em três linhas interpretativas: (a) a imprescritibilidade aludida no dispositivo constitucional alcança qualquer tipo de ação de ressarcimento ao erário; (b) a imprescritibilidade alcança apenas as ações por danos ao erário decorrentes de ilícito penal ou de improbidade administrativa; (c) o dispositivo não contém norma apta a consagrar imprescritibilidade alguma. É

**RE 669069 RG / MG**

manifesta, assim, a relevância e a transcendência dessa questão constitucional.

5. Diante do exposto, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão suscitada.

2. Eis um tema que está a merecer o enfrentamento pelo Supremo para definir o alcance do artigo 37, § 5º, da Constituição Federal. Mesmo diante do sistema, a revelar a prescrição relativamente às ações patrimoniais, vem-se assentando a imprescritibilidade. Variam os pronunciamentos judiciais, havendo o Tribunal Regional Federal da 1ª Região concluído de forma diversa.

3. Admito a configuração da repercussão geral.

4. Ao Gabinete, para acompanhar a tramitação do incidente, observando, no tocante a processos que estejam aguardando exame, o que vier a ser decidido pelo denominado Plenário Virtual.

5. Publiquem.

Brasília – residência –, 22 de junho de 2013, às 12h35.

Ministro MARCO AURÉLIO